Die Lieferung eines aliud pro alio,
zumal in Hinsicht auf § 378 HGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität

in Göttingen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Werner Rhode,
Referendar aus Bromberg.

GÖTTINGEN.
Druck von Louis Hofer.
1913.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Seite.

§ 1. Einziger Anhalts- und darum Ausgangspunkt ist § 378 HGB. 13

Ausführung:

Erster Teil:

Die Regelung im Handelsgesetzbuch.

§ 2. I. Die geschichtliche Entwicklung der §§ 377, 378 HGB. 13

§ 3. II. Das geltende Recht 33

Zweiter Teil:

Die Erkenntnis, wann ein aliud vorliegt, kann nur aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gewonnen werden.

§ 4. I. In Hinsicht auf Waren. (Anwendbarkeit des § 378 HGB.) 42

§ 5. II. In Hinsicht auf Wertpapiere. (Anwendbarkeit der §§ 381, 378 HGB.) 58

§ 6. Schluss: Zusammenfassung 68

Literaturverzeichnis.

Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch. Wien.

v. Amira. Nordgermanisches Obligationenrecht. 2 Bde. Leipzig 1882. 1895.

Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, herausgegeben von Apt, Berlin 1907.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, herausgeg. von Riesser.

Bendix, Haftung für den Rechtsbestand von Rechten, im Arch. Bürg. R. Bd. 32, S. 328.

Berndorff, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.

v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, in Jherings J. Bd. 55, 209 ff.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts mit Ausschluss der Lehren des Wechsel-, See- und Assekuranzrechtes. Heidelberg 1853.

Brunner, Die Wertpapiere (in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselreckts. 1882. Bd. II, S. 140 ff.).

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, begr. von F. B. Busch. Berlin.

Büsch u. Ebeling, Handlungsbibliothek, Hamburg 1785.

Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn. Diss. 1889.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8 Aufl. 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1901.

Cropp, Gewährleistung für Mängel der gekauften Sache nach germanischen Rechten, in Heise u. Cropps Jurist. Abhandl. Hamburg 1827. S. 163 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. II, Halle a. S. 1897.

Dernburg, Pandekten, Bd. IV. Obligationenrecht, 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 1899/1901.

Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, in DJZ. 03 Heft 1.

Deutsche Juristenzeitung, herausgeg. von Laband, Hamm und Heinitz.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichon Gesetzbuches. Bd. III. 1913. Mannheim u. Leipzig.

Düringer, Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren in DJZ. 1905. S. 374 ff.

Eccius, Die Gewährleistung für Mängel der Sache, in Gruchots Beitr. Bd. 43.

Eck, Beitrag zur Lehre von den ädilizischen Klagen in Festg. f. Beseler, Berlin 1885.

Eckermann, Die Haftung des Verkäufers eines Inhaberpapiers. 1903.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgeg. von Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgeg. von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen-Stuttgart.

Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, in Jherings J. Bd. 51, S. 158 ff.

Gareis, Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gerson, Die Natur der Ansprüche aus § 480 Abs. 1 BGB. Diss. Erlangen 1909.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Stuttgart 1875.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. Erste Lieferung. Stuttgart 1891.

Goldschmidt, Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, in ZHR., Bd. I., S. 66 ff.

Goldschmidt, Ueber die Statthaftigkeit der ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, in ZHR., Bd. 19, S. 98 ff.

Goldschmidt, Der Luvja-Pistoja-Aktienstreit. Frankfurt am Main. 1859.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin.

Hach, Lübisches Stadtrecht.

Hagens, Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren in DJZ. 1905 S. 663 ff.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II, Braunschweig 1875.

Haidlen, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897

Hamburgische Adress-Komptoir-Nachrichten. Jahrg. 1784.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Abt. 1. Berlin 1883. Abt. 2, Berlin 1884

Hanseatische Gerichtszeitung. Hauptbl. Handelsrechtliche Fälle.

Haymann, Die rechtliche Natur und prozessuale Geltendmachung des Wandlungsanspruches, in Gruchots Beitr. Bd. 46.

Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, Hamburg 1827.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Berlin.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutsch. Reichs. 2901.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von Regelsberger und Ehrenberg.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, herausgeg. von Neumann.

Kiehl, Das Rücktrittsrecht des Käufers beim Gattungskauf, in Gruchots Beitr. Bd. 42.

Koch, Geld und Wertpapiere. 1889.

Koenig, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Diss. Berlin 1892.

Kohler-Hecht, Niederländisches Handelsrecht in der Blütezeit des Freistaates, in ZHR. Bd. 59, S. 361 ff.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1901.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1912.

Lehmann, Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts, in ZHR. Bd. 51. S. 373 ff.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ (Empfangnahme) nach dem bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuch, in DJZ. 02, S. 491 ff.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1900.

Leonhard, Fr. Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.

Leonhardt, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches von Prof. Eck. 1903.

von der Leyen, Der Begriff der Ablieferung im Handelsrechte, insbesondere unter Berücksichtigung der Art. 347—349 des Handelsgesetzbuches, in ZHR., Bd. 16, S. 86 ff.

Lürmann, Ueber die stillschweigende Billigung der gekauften Ware, insbesondere durch stillschweigendes Behalten einer nach Abschluß des Handels empfangenen Probe der gekauften Ware. 1860. (Neues Arch. f. HR.).

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. II. 13. Aufl. Berlin 1907.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1900.

Moeder, Die Gewährleistung des Verkäufers für verkaufte Wertpapiere. Diss. Heidelberg. 1906.

Mosler, Der Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf als Erfüllungsanspruch (§ 480 Abs. 1 BGB.). Diss. Heidelberg. 1907.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Neukamp, Finden auf den Verkauf von Inhaberaktien die Vorschriften der §§ 459 ff BGB., §§ 377, 378 BGB. oder diejenigen der §§ 437, 438, 195 BGB. Anwendung? in Holdheims M.-Schr. 1905 S. 1 ff.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute. Hamburg 1828.

Pollitzer, Das österreichische Handelsrecht. Wien 1895.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgeg. von Lutz.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgeg. von Soergel, Hannover und Leipzig.
Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechts und deren Entscheidungen durch das Hamburgische Handelsgericht. Aus Dr. C. W. Ashers Monatsschrift „Für Politik und Handel." Hamburg 1836.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan und Falkmann. Leipzig.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1900.
Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. 1900.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch, mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung der Beweislast, in ZHR. Bd. 23, S. 1 ff.
Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Schlomka, Über die Voraussetzungen für den Eintritt der Versäumung nach Art. 347 und die Verjährung nach Art. 349, insbesondere beim Genuskauf (Neues ArchHR.), Bd. V, S. 183 ff.
Schlodtmann, Über die Anwendbarkeit der Art. 347 ff. des Handelsgesetzbuches, wenn statt der vertragsmäßigen eine Ware anderer Gattung geliefert und empfangen wurde, in ZHR. Bd. 37, S. 1 ff.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, in Jherings J. Bd. 49.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung beim Kauf, in Gruchots Beitr. Ad. 46.
Schroeder, Zur Gewährleistung von Sachmängel beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.
Schuster, Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch. Wien 1873.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, herausgegeben von Schütt, München und Berlin.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II. Berlin 1907.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1906.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. III. Berlin 1898.

Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Aufl., Berlin 1879.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Die kaufmännische Dispositionsstellung, in Buschs Arch., Bd. 15, S. 301—343.

Wolff, Max. Sachmängel beim Kauf, in Jherings J. Bd. 56.

Württembergischer Entwurf eines Handelsgesetzbuches.

Zander, Der Kauf auf Abruf, in Gruchots Beitr., Bd. 52, S. 304 ff.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgeg. von Keyssner und Lehmann.

Zimmermann, Wann geht das Eigentumsrecht einer von einem andern Orte übersandten Ware (DHGB. Art. 347) auf den Käufer über?

§ 1.

Einleitung.

Zu einem alltäglichen Vorkommnisse gehört es, dass die gelieferte Ware nicht der Bestellung entspricht. Der Käufer erhält z. B. anstatt des guten vollwertigen Weizens solchen einer geringeren Sorte. Hier erhebt sich die wichtige Frage, ob mangelhafte Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages vorliegt. Es gilt also, den Begriff der mangelhaften Sache von dem der ganz anderen Sache, die nicht geeignet ist, den Vertrag zu erfüllen, — das ist des aliud — abzugrenzen. Dies ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch ein anderes Gesetz sagen, was unter einem aliud zu verstehen ist. Nur zweimal werden Ausdrücke wie „andere Leistung" — in § 363 BGB. — und „andere Ware" — in § 378 HGB. — angewandt. § 363 BGB. ist für unsere Untersuchung nicht zu verwerten; er behandelt lediglich eine Frage der Beweislast. Einziger Anhalts- und darum Ausgangspunkt ist § 378 HGB.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung der §§ 377, 378 HGB.

§ 378 HGB. wurde mit dem jetzt geltenden Handelsgesetzbuche neu geschaffen, um Missständen abzuhelfen, die im früheren Rechte zutage getreten waren. Es ist notwendig, der geschichtlichen Entwicklung nachzugehen, um diese Vorschrift von Grund aus zu verstehen.

In den älteren Rechten wurde der Grundsatz aufgestellt, dass der Käufer eine Ware, die er untersucht und in Besitz genommen hat, behalten und bezahlen muss.

Goldschmidt führt in seiner Universalgeschichte des Handelsrechts [1]) Belege dafür an, dass insbesondere im moslemisch-italienischen Handelsverkehr das Recht bezw. die Pflicht znr unverzüglichen Mängelanzeige bestand.

Auch nach westnordischen Rechten kann, wie v. Amira berichtet, [2]) der Käufer nach Abnahme der Ware nur in dem Falle von dem Vertrage zurücktreten, wenn der Verkäufer in betrügerischer Absicht fehlerhafte Sachen geliefert hat.

Im Wiener Stadtrechtsbuch findet sich in Art. 66, den Schuster betitelt hat „Kauf eines Fischwagens und Gewährleistung dabei" folgende Bestimmung: [3])

> Chauft ein man vischwegen, oder wann mit vischen oder welcherlai Chaufschatz daz ist, der schol das beschaun an paiden enden, so er pest mag untz auf den poden, und chauf darnach, so er allerpest müg. Misselingt im darnach an demselben chauf, also daz im unden nicht enist, als oben, er mues den schaden haben.

Weitere Zeugnisse für den oben aufgestellten Satz enthalten namentlich die Statuten von Hamburg und Lübeck. Im älteren lübischen Recht [4]) wird in Beziehung auf gekauftes Tuch festgesetzt:

> Verkofft ein Minsche dem andern Wand, unde dat in sine Were entfanget, unde is dat Wand denne thoreten binnen, wil he dijennen darumme schuldigen,

---

1) a. a. O. S. 317.

2) a. a. O. Bd. II, S. 700.

3) a. a. O., S. 74.

4) Cod. von 1240, Art. 101, zit. bei Cropp a. a. O., S. 151, Anm. 15.

dar he hat affgekofft heft, unde doer de ander dat in den Hilligen sweren, dat he dat nicht en wuste, so dorff he em tho den Schaden nicht antwerden.

Das ältere hamburgische Recht verordnet:[1])

So welkerhande goet ein man coft unde besut unde an syne were bringhet, de schal he gelden.

Die Auslegung dieser Vorschrift ist streitig. Cropp[2]) vertritt die Ansicht, es würde in ihr nicht die Frage der Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache entschieden, sondern es solle nur bestimmt werden, wann ein Handelsgeschäft für den Käufer bindend und verpflichtend sei. Er behauptet, das Empfangen und Besehen der Ware vertrete die Stelle des Gottespfennigs. Dieser Anschauungsweise ist nicht beizutreten. Wie Cropp selbst zugeben muss,[3]) soll „das Besehen der Ware offenbar dem Käufer dazu dienen, sich von der Beschaffenheit und der Güte derselben überzeugen zu können.“ Wenn es in der fraglichen Bestimmung dann weiter heisst: „dat schall he gelden“, so ist damit ausgesprochen: Wenn der Käufer das Gut besehen und in seine Gewere gebracht hat, so kann er Ansprüche wegen Mängel der Ware nicht mehr geltend machen.

Dies ist auch die Ansicht von Conze.[4])

In einer späteren Rezension der Statuten Hamburgs heisst es:[5])

„Wenn ein Mann Korn, Holz, Ochsen, Schweine, Schafe, Pferde und dergleichen fahrende Haab, auf dem freien Markte, oder auch in den Schiffen besehen und gekaufft, auch darauf an seine Behausung

---

1) Hach, Cod. III, Art. 322.

2) a. a. O. S. 174.

3) a. a. O. S. 177.

4) a. a. O. S. 95.

5) Hamb. Stat. v. 1603 P. 2 tit. 8, Art. 17, zit. bei Cropp a. a. O. S. 173, Anm. 18.

und Gewehr gebracht hat; das muss er, ohne alle Exception,[1]) gelten und bezahlen: es wären denn ihre Vorworte anders."[2])

In dem revidierten lübischen Recht[3]) hat die Bestimmung folgende Fassung erhalten:

„Kauft jemand, es sei was es für Gut wolle,[4]) wann er dasselbe zuvorn zur Genüge besehen, da es kann besehen werden, solches muss er bezahlen; können aber die Gebrechen mit menschlichen Sinnen nicht begriffen, und gleichwohl hernachmals die Wahren untüchtig befunden werden, sol man die Bezahlung dafür zu thun nicht schuldig sein, unangesehen, dass der Käuffer das Gut in sein Gewehr gebracht. Wäre aber der Verkäufer in dolo, so wird er darumb billig gestrafft."

Auch in diesen beiden Statuten ist der Grundsatz ausgesprochen, dass der Käufer nicht mehr wegen solcher Mängel der Ware gegen den Verkäufer vorgehen kann, die erst nach Besicht und Uebernahme

---

1) Die jeden Einwand ausschliessende Strenge „ohne alle Exception" hatte die Praxis durch Zulassung der exceptio doli gemildert. Dagegen: Pöhls, Handelsr. Ed. 1828, Bd. I, S. 180.

2) Die Schlussworte, „es wären denn ihre Vorworte anders", sind nicht etwa auf den Fall der ausdrücklichen Zusicherung einer gewissen Beschaffenheit der Ware zu beziehen (dictum, promissum), sondern, wie ganz allgemein anerkannt wird, nur auf den Fall, wo der Empfang unter dem Vorbehalte geschehen war, die Sache noch nachträglich prüfen zu wollen.

3) Revtd. lüb. Recht. lib. 3 tit. 6 Art. 15, zit. bei Cropp a. a. O. S. 173, Anm. 19.

4) Hierunter sind nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, auch Immobilien zu verstehen. Dagegen spricht, dass weiter unten von „einem Bringen des Gutes in die Gewehr des Käufers" geredet wird.

der Sache in seine Gewere zutage treten.[1]) Es entspricht dieser Gedanke im wesentlichen der Vorschrift unserer heute geltenden §§ 377, 378 HGB.;[2]) er konnte jedoch in der damaligen Zeit keine volle Geltung erlangen. Denn eine Verpflichtung des Käufers zur Untersuchung der Ware und Anzeigen der etwa vorhandenen Mängel bestand nur partikularrechtlich, nicht gemeinrechtlich.[3]) Das römische Recht wendet seine volle Gunst dem Käufer zu. Indem es einseitig die möglichen „fallaciae venditorum" und die Tatsache, dass Fehler oft erst allmählich und bei längerem Gebrauch hervortreten, ins Auge fasst, bestimmt es, dass nur der Ablauf der Verjährungsfristen, nicht ein sonstiger Zeitablauf dem Käufer das Recht der Geltendmachung seiner Ansprüche nimmt.[4]) Erst Thöl erklärt in den späteren Ausgaben seines Handelsrechts,[5]) dass sich für die Verpflichtung des Käufers zur ungesäumten Anzeige der entdeckten Mängel der Ware ein allgemeiner Handelsgebrauch anführen lasse. Die Verpflichtung der alsbaldigen Untersuchung der Ware legt dieser Schriftsteller dem Käufer nicht auf.

Aber immer mehr bricht sich der alte deutschrechtliche Gedanke Bahn. In vielen, namentlich im Seuffertschen Archive enthaltenen Entscheidungen höchster Gerichte wird er anerkannt. So führt z. B.

---

1) Vgl. auch die Zitate bei Goldschmidt in ZHR., Bd. 1, S. 390, Anm. 7.

2) Die Einschränkung des § 377 HGB., dass die Ware insoweit als nicht genehmigt gilt, als es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war, macht nur das lübische Statut.

3) Thöl, S. 936.

4) Vgl. Eck a. a. O., S. 161.

5) In der 1. Ausg. seines Handelsrechts steht Thöl noch ganz auf dem oben erwähnten Standpunkte des gemein. Rechts. Vgl. Thöl, Handelsrecht 1. Ausg. § 83 Nr. 2; § 84; 3. Ausg. § 84 Nr. 6, § 85b.

das Obertribunal zu Stuttgart in der Entscheidung vom 28. März 1854 aus, dass gemäss einem in Württemberg herrschenden Handelsgebrauch der Käufer binnen kurzer Frist — längstens binnen vierzehn Tagen — die Ware besichtigen und sich über die Annahme erklären muss. Versäume er dies, so „gehe er seiner Einwendungen wegen der in die Sinne fallenden Mängel verlustig.“ [1]) In demselben Sinne äußert sich das Oberamtsgericht zu Darmstadt [2]) dahin, daß der Käufer „durch die Annahme und den Verbrauch der Weine als die Qualität und den Preis billigend betrachtet werden“ müsse. [3])

Die gleiche Ansicht vertritt die Mehrheit der Mitglieder jener Kommission, die zur Abfassung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches zusammenberufen war; sie erklärte, [4]) daß in den meisten deutschen Staaten, namentlich in denen, wo ein reger Handel herrsche, die Gerichte eine „Anschauungsweise“ oder ein „Gewohnheitsrecht“ des Kaufmannsstandes [5]) zur rechtlichen Geltung gebracht haben, wonach der Käufer, der die Ware längere Zeit ohne Protest behält, stillschweigend deren Beschaffenheit gut heißt. [6])

---

1) Seuffert, Bd. 80 Nr. 39, S. 376.

2) Entscheidung vom 22. Jan. 1856 in Seuffert, Bd. 10, No. 255.

3) Vgl. ferner Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 22, Nr. 169; Bd. 4 Nr. 23, Nr. 78; Bd. 5 Nr. 121; Bd. 6 Nr. 27, Nr. 303; Bd. 8 Nr. 36 und Nr. 39; Bd. 9 Nr. 277.

4) Prot. d. Komm. f. d. Entw. eines dtsch. HGB. II S. 643 ff.

6) Die Motive der Entscheidungen äußern sich darüber in dieser verschiedenen Weise.

6) Auf Grund dieser Entscheidungen und der darin anerkannten durch das Bedürfnis des Handelsverkehrs geleiteten Ueberzeugung des Kaufmannsstandes hat denn auch Brinckmann diese Lehre zuerst als eine rechtlichgeltende in sein

Die Gründe, aus denen heraus diese Praxis der Gerichte als berechtigt erscheint, sind folgende (vgl. Protokolle der Kommission für den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches Bd. II, S. 644).

Der Kommissions- und Zwischenhandel kann nicht bestehen, wenn dem Käufer das Recht gelassen wird, zu jeder späteren Zeit dem Verkäufer wegen Mangelhaftigkeit der Ware den Anspruch zu nehmen. Die Kommissionäre müssen dann befürchten, dass sie von den Abnehmern nach Monaten und Jahren für die von ihnen verkauften Waren in Anspruch genommen werden, zu einer Zeit, wo es ihnen entweder überhaupt nicht oder nur mit den größten Schwierigkeiten möglich ist, sich an ihrem Vormanne zu erholen. Ein solches Risiko können sie aber für ihre Provision nicht übernehmen.

Auch ganz allgemein betrachtet, geht es nicht an, den Verkäufer lange darüber in Ungewissheit zu lassen, ob er das Geschäft für erledigt halten darf oder nicht.[1])

Weiterhin steht es fest, daß die Beschwerden wegen der Beschaffenheit der Ware gerade dann in

---

Lehrbuch über das Handelsrecht aufgenommen. Vgl. Brinckmann, Lehrb. d. HR. (Heidelberg 1853). S. 300, 301 u. namentlich N. 20. Er führt dort aus: „Man vernehme Kaufleute als Gewohnheitsrecktskundige und gewiss werden dieselben das Dasein des obigen Rechtssatzes bekunden. Ich habe dem Handelsverkehr nahe genug gestanden, um nicht selbst dafür zeugen zu können.“ Nicht ist es richtig, schon Pöhls (Hamburg 1828) als Vertreter dieser Ansicht zu nennen; denn in seinem Handelsrecht Bd. I S. 166 spricht er nur von der Befugnis des Verkäufers. sofortige Erklärung zu verlangen, und ferner S. 179/180 nur von den Folgen einer positiven Erklärung des Käufers, nicht von denen des Stillschweigens (vgl. auch Lürmann a. a. O., S. 167 Anm. †).

1) Diese Sätze sind schon von Büsch in Büschs u. Ebelings Handlungsbibliothek, Jahrg. 1785 S. 241—271 und S. 660—681 klar ausgesprochen.

größter Anzahl vorkommen, wenn die Konjunktur sich zum Nachteile der Käufer geändert hat.[1]) Es gilt daher, unlauteren Kurstreibereien einen Riegel vorzuschieben.

Kraft des Mehrheitsbeschlusses der Mitglieder jener Kommission fanden diese Grundsätze über den kaufmännischen Empfang in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten von 1857 Aufnahme (preussischer Entwurf Art. 264). Sie wurden dann in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch übernommen. Der Art. 347, der unmittelbare Vorläufer unserer heute geltenden §§ 377, 378 HGB., lautete in dem für unsere Untersuchung in Betracht kommenden Teile folgendermaßen:

„Ist die Ware von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange tunlich ist, die Ware zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 335) ergiebt, dem Verkäufer davon Anzeige zu machen.

Versäumt er dies, so gilt die Ware als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren."

Das sachliche Geltungsgebiet dieser Vorschrift wurde von der herrschenden Lehre hinsichtlich des Kaufes einer nur der Gattung nach bestimmten Sache dahin eingeschränkt, daß Art. 347 nur bei Qualitätsmängeln Anwendung findet. Der Käufer, dem ein aliud geliefert ist, braucht also nicht zu rügen; ihm bleiben die Rechtsmittel auch ohnedem erhalten. Dies war auch der Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts. In Band 24 der Spruchsammlung findet sich auf Seite 404

1) ROHG. 21 S. 260.

eine Uebersicht der in diesem Sinne ergangenen Entscheidungen.[1]) Es wird dort gesagt: „Ein Genuskauf kann durch die Lieferung einer Ware von anderer Gattung, als gekauft worden ist, nicht erfüllt werden; deshalb ist auf den Fall einer solchen Lieferung das im Art. 347 aufgestellte Präjudiz der Genehmigung der Erfüllung unanwendbar.“ Diese Formulierung des Reichsoberhandelsgerichts kehrt im wesentlichen überall, wo die Lehre vorgetragen wird, wieder.[2]) Jedoch weichen die einzelnen Schriftsteller in der meistens nur durch Beispiele gegebenen Begrenzung des Begriffes „Gattung“ und somit in der praktischen Verwertung ihrre Lehre von einander ab. Welch große Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete geherrscht hat, mögen einige Beispiele beweisen:

Daß bei einem Gattungskaufe ein aliud vorliegt, wenn die gelieferte Ware von ganz anderem Stoffe als die bestellte ist, — z. B. Weizen anstatt Roggen (Bolze Bd. XXI Nr. 470) — leuchtet ein. Diese Anschauungsweise wird aber getrübt durch das Erkenntnis eines bayrischen Gerichts,[3]) wonach Federn aus Stahl und eiserne Federn nicht etwa, wie man nach dem Obigen meinen sollte, verschiedene Waren sind; vielmehr werden die aus Eisen hergestellten Federn als der Qualität nach geringere Sachen angesprochen. Und falls man annimmt, daß von einer Gattungsverschiedenheit nicht die Rede sein kann, wenn Ware von demselben Grundstoff geliefert wird, so ist dies nicht die Ansicht der Gerichte. Ursprung, Sorte, Jahrgang,

---

1) Es sind dies: ROHG. Bd. 7 Nr. 106; S. 410; Bd. 15 Nr. 115 S. 415; Bd. 19 S. 267, S. 403.

2) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht, Ed. 2 Bd. II § 62 Nr. 32 unter 2e; Gareis „Das Stellen zur Disposition“ S. 14/15 und derselbe in Endemanns Handb. II S. 686; Hanausek, 1. Abt. S. 229 ff.

3) Vgl. Buschs Arch. Bd. XV S. 187 ff.

Form, Farbe und vieles andere wird herangezogen, um die Abgrenzung der Gattung zu verklausulieren, einzuengen und für das Verkehrsleben unbrauchbar zu machen.[1])

Hierbei herrscht hinsichtlich der Art und Weise, wie vorzugehen ist, eine große Unklarheit. Das Reichsoberhandelsgericht will die Verkehrsauffassung entscheiden lassen.[2]) Nach Hanausek[3]) ist die Frage, ob ein aliud pro alio oder eine mangelhafte Ware geliefert ist, nach objektiven allgemeinen Kriterien zu beantworten. Gareis führt aus,[4]) die gelieferte Sache könne im Vergleich zur bestellten aus einem doppelten Gesichtspunkte als aliud erscheinen. Einmal nach ganz allgemeinen Verkehrsbegriffen, ferner aber mit Rücksicht auf die im einzelnen Falle geäußerte Absicht der Parteien.[5])

1) Vgl. Bolze Bd. V Nr. 671c (Afrikanischer Kaffee ist eine andere Gattung els mexikanischer Kaffee) Bd. XI Nr. 402 (ebenso verhält es sich mit Havanna- und Javazigarren). Sommer- und Wintererbsen sind nach der Anschauung des ROHG. Bd. 24 S. 404 als ein aliud anznsehen; ebenso verhält es sich mit Sommer- und Winterrübsen. ROHG. Bd. 7 S. 410. Vgl. ferner ROHG. Bd. 15 S. 415; Bd. 19 S. 402; Bolze Bd. III Nr. 708; Bd. IV Nr. 706; Bd. V Nr. 673; Bd. XI Nr. 402; Bd. XII Nr. 465; Bd. XVIII Nr. 434; Bd. XXII Nr. 435, Bd. XXIII Nr. 523; Vgl. auch Urteil des ehemaligen Oberappellationsgerichts zu Lübeck, Hamb. Samml. Bd. 4 S. 69 ff.; HansGZ. von 1880; Hauptbl. Nr. 110 und von 1882 Hauptbl. Nr. 116.

2) ROHG. Bd. 19 S. 405/6; Bd. 24 S. 405/6.

3) Hanausek, Abt. 1 S. 233 Anm. 23.

4) Gareis, in Endemanns Handb. II S. 686 ff.; Gareis, Das Stellen zur Disposition, S. 15 ff.

5) Gareis führt a. a. O. als Beispiel an: Ob der gelieferte Spiritus 80 % oder 90 % enthalte, sei manchen Geschäftsleuten gleichgültig; für viele andere sei aber der 80 %-haltige eine ganz andere Ware als der 90 %haltige. Was soll denn nun werden, wenn der eine der Kontrahenten der einen Kategorie von Geschäftsleuten angehört und der andere der anderen? Ist dann der Art. 347 anwendbar oder nicht? (Schlodtmann S. 19).

Es ist ersichtlich, daß hier nicht mit klaren Begriffen gearbeitet wird. Diese Lehre ist in der Anwendung ihres unsicher umgrenzten abstrakten Grundsatzes auf den einzelnen Fall eine Fundgrube für Streitigkeiten, in deren Entscheidung Willkür ihren Tummelplatz findet.

Sie entspricht nicht den Verkehrsanschauungen. Man stelle sich vor, daß statt der bestellten Henry Clay-Zigarren solche aus der Fabrik des Herrn X. geliefert werden. Sofort ist es dem Käufer klar, daß er etwas anderes erhält, als er bestellt hat. Mithin würde es praktischer sein, den Begriff des aliud dahin abzugrenzen, daß jede vertragswidrig beschaffene Ware eine andere Sache sei[1]). Statt dessen verlangt die herrschende Lehre, daß der Käufer sich darüber Rechenschaft gibt, unter welchem höheren Begriff dieses aliud zu subsumieren ist. Die Begriffe „Gattung", „Art", „Unterart", „Sorte", „Qualität", und dergl. sind jedoch keine klar begrenzten. Der Käufer wird daher niemals imstande sein, die rechtliche Tragweite des Empfanges zu beurteilen. Denn mit derartigen abstrakten Unterscheidungen sich zu befassen, liegt dem Verkehr ganz fern.

---

1) So sagt Thöl (Handelsrecht Ed. 6, Bd. I, § 275, S. 914) richtig und treffend, bei einem Verkaufe in genere sei jede vertragswidrig beschaffene Ware ein anderes Objekt als das vertragsmäßig Gewollte. Dieselbe Ansicht vertritt OLG. Hamburg, Urteil vom 9. Nov. 1888, mitgeteilt bei Schlodtmann S. 6 ff. Ebenso erklärt Römer in ZHR. Bd. 23 S. 14: „Jede Spezies, welche einer ganz anderen als der verabredeten Gattung oder zwar dieser, aber einer anderen Art dieser Gattung, als der verabredeten, oder zwar der verabredeten Gattung und Art angehört, aber nicht die verabredeten anderweitigen Eigenschaften hat, ist ein aliud. Es wird daher durch Leistung einer Spezies, welcher auch nur eine verabredete einen Klassifikationsfaktor bildende Eigenschaft fehlt, die Obligation nicht erfüllt."

Hier gleich ein Fall:[1]) 53 Beutel Moschus wurden zum Preise von 2000 M. per Kilo gekauft. Hinterher stellte sich heraus, daß die Ware infolge einer Auslaugung ihr wertvolles Aroma verloren hatte. Von den Sachverständigen beantwortet ein in dieser Branche erfahrener Kaufmann die Frage, ob sterilisierter Moschus unter den Gattungsbegriff Moschus falle, mit „Ja“ und ein anderer mit „Nein“. Zwei angesehene Chemiker geraten in den nämlichen Sprachstreit, während alle vier Sachverständige der Sache nach einig waren, und kein Zweifel darüber obwalten konnte, daß bei einem Verkauf von Moschus kein sterilisierter Moschus geliefert werden darf.

Durch die oben besprochenen Unterscheidungen wird auch nicht die Größe des Nachteils bestimmt, welchen ein Käufer durch Vertragswidrigkeit der Ware erleidet: Wer gute Samosrosinen statt Smyrnarosinen mittlerer Güte erhält, wird sich vielleicht ganz gut dabei stehen, obgleich man das Empfangene für ein aliud der Gattung nach erklärt[2]), während umgekehrt der Wertunterschied zwischen einer extrafeinen und einer ganz ordinären Qualität ein sehr großer sein kann[3]).

Schließlich wird die zur Zeit des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches herrschende Lehre den Bedürfnissen des Kaufmannsstandes nicht gerecht. Art. 347 will den Verkäufer gegen die nachträgliche Anfechtung

---

1) Vgl. Schlodtmann S. 7—9 und S. 19.

2) So wenigstens nach der reichsoberhandelsgerichtlichen Judikatur, welche die Begriffe „Gattung“, „Art“, „Sorte“, promiscue behandelt (vgl. ROHG. Bd. 14, S. 371; Bd. 24, S. 406), während andere in dieser Beziehung unterscheiden. So auch Hanausek Abt. 1 S. 230.

3) Schlodtmann S. 17, 18; Lehmann-Ring S. 171 Nr. 1; Makower S. 13, 19; Düringer-Hachenburg zu § 378 Anm. III 1.

eines erledigten Geschäftes sicherstellen. Dieses Schutzes bedarf der Verkäufer (vgl. oben S. 18 und 19); denn es liegt im Wesen des Verkehrs begründet, daß die mit einem Besitztum naturgemäß verknüpften Gefahren ebenso wie die ihm eigenen Vorteile — das periculum wie das commodum — durch den Verkauf aufhören, des Verkäufers zu sein und anfangen, des Käufers zu sein[1]). Dies ist anerkannt inbezug auf den Untergang und die Verschlechterung der Ware. Unter den Gesichtspunkt einer dem Kaufgegenstand anhaftenden Gefahr fällt aber auch die Möglichkeit, bei der vorgenommenen Untersuchung nicht bemerkt zu haben, daß ein aliud geliefert wurde[2]). Es würde widernatürlich sein, gleichwohl den Verkäufer an dieser Gefahr festzuhalten und es ihm so unmöglich zu machen, durch Veräußerung seines Besitztums damit zu einem Abschlusse zu gelangen[3]). Gegen diese Notwendigkeit verstößt die erörterte Lehre. Nach ihr hat der Käufer nur bei Lieferung mangelhafter Sachen die Pflicht zu rügen. Ist ihm dagegen ein aliud zugesandt worden, so kann er getrost schweigen, ohne daß ihm die Rechtsmittel verloren gehen. Der Verkäufer kann demnach nie wissen, ob der Kauf erledigt ist oder nicht.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich als Lösung dieser für das Verkehrsleben wichtigen Frage: Der Käufer ist verpflichtet zu rügen, wenn vertragswidrige Sachen geliefert werden; andernfalls gilt die Ware als gehmigt.

Freilich ist auch hier der Begriff „vertragsgemäß“ nicht fest umgrenzt. Doch darin liegt keine Gefahr.

1) Schlodtmann S. 10.

2) Auszunehmen ist hier das Vorliegen von verborgenen Fehlern, sowie der Fall der Arglist.

3) Schlodtmann S. 11 und S. 13; vgl. auch die Motive zum preuß. Entw. eines HGB. S. 141.

Denn dem Käufer, zumal dem in einer bestimmten Branche erfahrenen Geschäftsmann fehlt es nicht an Takt und scharfem Blick, um zu beurteilen, ob die gelieferte Ware dem entspricht, was der Vertrag erfordert.

Wenn wir nach dem Ursprung der von uns bekämpften Lehre forschen, so sehen wir, daß sie schon vor dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch in Geltung gewesen ist. In einem Erkenntnis des Oberamtsgericht zu Dresden vom 22. Jänner 1848[1]) ist, falls es sich um mangelhafte Ware handelt, der Grundsatz der Rügepflicht anerkannt. Weiter aber wird ausgeführt:

„Ist jedoch das vom Verkäufer dem Käufer zugesandte Objekt entweder ganz verdorben oder sonst untauglich oder kann es in keiner Beziehung als Kaufmannsgut gelten, so mag auch nicht angenommen werden, daß durch das bloße Stillschweigen des Empfängers eine Billigung des Empfangenen bewirkt werde. Es bedarf solchenfalls keiner Abwendung des sonst zu folgernden Einigseins seitens des Empfängers, um sich im Fall eines Anspruchs die Einrede vorzubehalten, welche zum Ausschlusse der Ansprüche des Verkäufers führen soll."

In dieser Entscheidung ist also ausgesprochen, daß es bei Lieferung eines aliud nicht der Mangelanzeige bedarf, um sich die Rechtsmittel zu wahren.

Die Begründung dieses Satzes wird dahin gegeben, daß, wenn eine andere Sache geleistet wurde, es „ganz und gar an einer Basis fehle, auf das Einverstandensein des Käufers zu schließen, weil auf solchen Fall der ev. gegebene Konsens nicht bezogen werden mag."

Diese Beweisführung überzeugt nicht. Unter dem „Einverstandensein" der Vertragsschließenden ist nicht

1) Seuff. Arch. Bd. 2 Nr. 169.

eine tatsächliche Willenseinigung im wahren Sinne des Wortes zu verstehen. Wenn das Oberamtsgericht es anerkennt, daß bei Lieferung von mangelhaften Waren der Käufer Ansprüche nicht mehr geltend machen kann, sofern er die rechtzeitige Rüge unterlassen hat, so will es doch sicherlich nicht behaupten, daß der Käufer, falls er den Mangel bei gehöriger Sorgfalt erkannt habe, damit zufrieden gewesen sei. Vielmehr wird im Interesse des Verkäufers, das eine glatte Erledigung der Geschäfte erheischt, die Willenseinigung der Kontrahenten, diese individuelle Ware als die dem Kaufvertrage entsprechende gelten zu lassen, fingiert, und dadurch ein Zurückgreifen auf den zugrundeliegenden Vertrag ausgeschlossen. Das Oberamtsgericht setzt sich also mit seiner Entscheidung, daß bei Lieferung eines aliud trotz unterlassener Mängelanzeige die Geltendmachung der Rechtsmittel gewahrt bleibt, in Gegensatz zu dem von ihm anerkannten Grundsatz der Rügepflicht bei Vorliegen von Mängeln.

Man muß ferner bedenken, daß die in Frage stehende Konstruktion des kaufmännischen Empfangs auf einen althergebrachten Handelsgebrauch zurückzuführen ist. Es geht nicht an, die in Kaufmannskreisen herrschende Überzeugung zugunsten des Käufers aus sog. rationibus aequi et boni zu erschüttern. Wohin das führt, zeigt ein interessanter Fall, den Büsch mitteilt[1]): Mehrere angesehene Personen einer Handelsstadt wandten sich an ihn mit der Bitte, dahin zu wirken, daß Hamburg mit ihrer Vaterstadt, deren Handelsverkehr in Verfall geraten war, neue Beziehungen anknüpfen möge. Die hamburgischen Kaufleute waren jedoch nicht gewillt, auf den ihnen durch Büsch mitgeteilten Vorschlag einzugehen. Der Grund für ihre ablehnende Haltung bestand darin, daß vor

1) a. a. O. S. 242/43.

einigen Jahren ein Hamburger dort eine Wechselforderung eingeklagt hatte, und mit dem Bescheide abgewiesen war:

„Die Forderung sei zwar liquide, und zur executivischen Eintreibung qualifiziert, aber man könne doch den Bürger nicht so drücken."

Büsch erläutert den Fall mit den Worten: „Das war auch eine ratio aequi et boni, dem geschriebenen, aber aus lauter Handelsusanzen entstandenem Wechselrecht entgegen gesetzt."

Auch aus Billigkeitsrücksichten ist die oben wiedergegebene Entscheidung des Oberamtsgerichts Dresden nicht gerechtfertigt. Denn bei Auftreten von Mängeln, deren Entdeckung oft schwierig ist, wird der Käufer dennoch bei Unterlassung der Rüge mit dem Ausschluss der Rechtsmittel bestraft. Diese Folge ist weit eher am Platze, wenn es sich um die Lieferung eines aliud in dem Sinne, wie es das Oberamtsgericht auffaßt, nämlich einer vollkommenen verdorbenen Ware, handelt. Hier ist es für den Käufer ein Leichtes, die Abweichung von der Bestellung wahrzunehmen. Man kann auch keine Gründe dafür anführen, daß der Verkäufer, der ein aliud liefere, der Vergünstigung der Mängelanzeige nicht mehr würdig sei. Nur selten wird im praktischen Leben ein Kaufmann mit Absicht verdorbene Ware senden. Und wenn er es tut, so greift hier die exceptio doli ein. Der Käufer ist also hinreichend geschützt. In der Mehrzahl der Fälle geschieht es jedoch, dass die Ware auf dem Transport leidet oder dass sie verwechselt wird. Es ist nicht einzusehen, warum bei Vorliegen dieser Sachlage der Verkäufer über den Verkauf des Geschäftes im Unklaren gelassen werden soll.

Die in dem Urteil des Oberamtsgerichts Dresden ausgesprochene Anschauung scheint herrschend gewesen zu sein. In der Beratung der Kommission zur

Schaffung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches wird ausgeführt:[1])

„Dabei verstehe es sich übrigens von selbst, daß das vorgeschlagene Prinzip — das ist die kaufmännische Rügepflicht — nur auf Warensendungen Anwendung finden könne, welche der Verkäufer in gutem Glauben gemacht habe und welche das, wofür sie ausgegeben waren, wirklich gewesen seien, sodass Ersatzansprüche, die wegen der dem Käufer bekannt gewesenen Fehler oder deshalb erhoben würden, weil etwas ganz Anderes als die verkaufte Ware gesendet worden (z. B. Steingraus in einem angeblichen Pfefferballen) nicht ausgeschlossen seien. Solche Ansprüche müsse man vielmehr zulassen und zwar ohne sie durch eine besondere Verjährungsfrist zu beschränken."

Von den Gerichten wird dieselbe Anschauungsweise vertreten. Ausser dem oben S. 21 mitgeteilten Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts seien als Beispiele angeführt:

1) Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 30. Juni 1874.[2]) „Die Lieferung eines anderen Gegenstandes als des zufolge des Kontrakts zu liefernden gilt als Nichterfüllung, und nur auf Fälle von Mängeln eines gelieferten Gegenstandes, welcher seiner Art nach dem Kontrakte entspricht, findet die in Art. 347 des Handelsgesetzbuches enthaltene Vorschrift sofortiger Prüfung des gelieferten Gegenstandes und unverzüglicher Mitteilung der zu erhebenden Monita Anwendung".

In dem gleichen Sinne äußert sich

2) das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 23. März 1876.[3]) „Die der ächten nachgemachte und als solche bezeichnete Ware ist als ein anderer

1) Vgl. Protokolle S. 650.
2) RHGB. Bd. 14, S. 371.
3) ROHG. Bd. 19, S. 403.

Gegenstand als die ächte anzusehen, nicht nur als in der Qualität von ihr abweichend. Der Artikel 347 des Handelsgesetzbuches ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar."

Wie in diesen Entscheidungen, so wird auch sonst in den Urteilen der Gerichte[1]) eine nähere Begründung nicht gegeben, warum Art. 347 bei Lieferung eines aliud unanwendbar ist.

Der gleichen Tatsache begegnen wir bei den Schriftstellern.[2]) Wie von etwas Selbstverständlichem wird von dieser Lehre gesprochen. Nur wenige versuchen es, die oben wiedergegebene Ansicht auf die Bestimmungen des Gesetzes zu stützen.

Schlomka führt aus:[3]) „Die Richtigkeif dieses Satzes — daß die Art. 346, 347, 349 DHGB. keine Anwendung finden, wenn eine generell verschiedene Sache geliefert ist — ergibt sich aus der Fassung der Art. 346 ff. . . . . insbesondere in Art. 347: „soweit es sich nicht um Mängel handelt", „ergeben sich später solche Mängel" . . . . . Diese Begründung Schlomkas wirkt jedoch insofern nicht sehr überzeugend, als er selbst es ist, der dem Ausdruck „Mängel" die Beweiskraft für die Unanwendbarkeit der fraglichen Bestimmung bei Vorliegen eines aliud nimmt. In Beziehung auf Art. 348 DHGB., der doch im inneren Zusammenhanne mit Art. 347 DHGB. steht, und in dem es in Abs. 2 heißt: . . . . . ., wenn sich bei der Ablieferung oder später Mängel ergeben . . . . . ," erklärt er:[4]) „Wir möchten

---

1) Vgl. z. B. ROHG. Bd. 7 Nr. 106 S. 411; Bd. 15 Nr. 115 S. 415; Bd. 19 S. 367.

2) Vgl. z. B. Goldschmidt, Handelsrecht Ed. 2 Bd. II § 62 Nr. 32 unter 2e; Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 14/15 und derselbe in Endemanns Handb. II S. 686.

3) a. a. O. S. 184.

4) a. a. O. S. 204.

es dennoch vorziehen, ihn — das ist Art. 348 DHGB. — auch auf die Fälle ausdehnen, wo ein anderes Genus oder eine andere Spezies als die gekaufte geliefert ist."

Bei v. Hahn[1]) findet sich folgende Erläuterung der in Art. 347 Abs. 1 DHGB. enthaltenen Wendung: „ . . . vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 335) . . ."

„Daß das letztere Wort sich nur auf „Beschaffenheit und Güte" der Ware bezieht, ergiebt sich aus dem beigefügten Zitat des Art. 335. Dies bietet aber auch ein Argument dafür, daß auch das Wort vertragsmäßig ebenfalls nur auf Beschaffenheit zu beziehen ist."

Ob v. Hahn hiermit beweisen will, daß die Lehre von der Nichtanwendbarkeit des Art. 347 DHGB. bei Lieferung eines aliud vom Gesetze gutgeheißen wird, geht aus der angeführten Stelle nicht klar hervor. Jedenfalls liegt es nahe, weiter zu folgern: Da es sich infolge der Anführung des Art. 335 nur um die „Beschaffenheit und Güte" der Ware handelt, so ist damit gesagt, daß nur das Vorliegen von Qualitätsmängeln, nicht aber die Lieferung eines aliud unter Art. 347 fällt.

Gegen v. Hahns Ausführungen läßt sich einwenden, daß es nicht bewiesen ist, aus welchem Grunde sich die Zitierung des Artikels 335 auch auf das Wort „vertragsmäßig" beziehen muß. Bevor hierfür nicht stichhaltige Gründe angeführt werden, ist an der natürlichen Betrachtungsweise festzuhalten, daß eine Anführung sich nur auf das Wort erstreckt, bei dem sie steht.

Am eingehendsten sucht Hanausek seine Ansicht zu begründen. Nach ihm ist Art. 347 DHGB. nur dann nicht anzuwenden, wenn es sich um „eine alia res im eminenten Sinne des Wortes" handelt. Hier-

1) a. a. O. S. 304 § 11.

unter versteht er eine Ware anderer „Gattung“, nicht eine solche von anderer „Art“ oder „Güte“. Zu dieser Unterscheidung gelangt er auf folgendem Wege:[1]) in den Worten des Gesetzes, „wenn sich die Ware nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 335) ergibt“, sei allerdings der Ausdruck „vertragsmäßig“ ein so weiter, daß darin auch die Gattungsverschiedenheit mit verstanden werden könnte; das Gegenteil ergebe sich aber aus folgender Erwägung:

„Der Begriff der „gesetzmäßigen“ Beschaffenheit ist im Sinne des Art. 347 — infolge der Zitierung des Artikels 335 in demselben — ein im Verhältnis zu dem Begriffe der „vertragsmäßigen“ Beschaffenheit der Ware ergänzender. Behufs Feststellung der Bedeutung, in der Art. 347 das Wort „vertragsmäßig“ gebraucht, dürfen wir daher (!) die gesetzliche Begriffsbestimmung des Wortes „gesetzmäßig“ zugrunde legen. Da nun eine Ware im Sinne des Art. 347 (bezw. Art. 335) nur dann nicht von „gesetzmäßiger“ Beschaffenheit ist, wenn sie nicht Handelsgut mittlerer Art und Güte ist, so ist dieselbe auch nur dann nicht „vertragsmäßig“ im Sinne des Art. 347, wenn sie nicht von der vereinbarten Art und Güte ist. Eine Vertragswidrigkeit, die darüber hinausgeht, insbesondere eine Gattungsverschiedenheit, fällt daher nicht unter den Art. 347.“

Diese Beweisführung überzeugt nicht. Ihr Ausgangspunkt ist nicht anzuerkennen. Unmöglich kann man „vertragsmäßig“ = „gesetzmäßig“ setzen. Das Gegenteil ist der Fall. Die Vertragsberedung ist maßgebend. Das Gesetz will mit der Vorschrift des Art. 335, daß im Zweifel Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern ist, nichts anderes als in Fällen, wo ein Vertragswille nicht ausgesprochen wurde, das stillschweigend Vereinbarte treffen.

1) Hanausek, Abt. 1 S. 230.

Einen weiteren Beleg für seine Theorie findet Hanausek in den Worten „Mängel“ im zweiten Absatze des Art. 346, indem er sagt:[1] „Eisen ist doch keine mangelhafte Seide.“ Gewiß nicht. Aber es ist, wenn Seide bestellt war, eine Ware, welcher die vertragsmäßige Beschaffenheit mangelt, und der Mangel der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Beschaffenheit ist es, wovon das Gesetz handelt (vergl. auch Art. 349: „Der Mangel der vertragsmäßigen oder gesetzmäßigen Beschaffenheit der Ware kann von dem Käufer nicht geltend gemacht werden, wenn . . . . .“[2])

Auch die Fassung der im früheren Rechte geltenden Bestimmungen, die aus diesem Grunde mitgeteilt wurden, bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Vorschrift bei Lieferung einer anderen Sache nicht anzuwenden war. Es genügt ein Hinweis auf die oben im Wortlaut wiedergegebenen Statuten.

Aus den obigen Ausführungen geht hervor, daß die Gründe, welche das Oberamtsgericht Dresden für seine Ansicht anführt, nicht zu billigen sind, sowie daß die zur Zeit des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches herrschende Lehre von der Nichtanwendbarkeit des Art. 347 sich nicht auf das Gesetz gründen kann.

§ 3.

Das geltende Recht.

Aus Art. 347 a. HGB. ist § 377 unseres heutigen Handelsgesetzbuches hervorgegangen. Er hat jedoch in zweifacher Hinsicht eine Änderung erfahren:

Die Pflicht zur sofortigen Untersuchung und Mängelrüge besteht jetzt ohne Unterschied, ob es sich um ein

---

1) Hanausek, Abt. 1, S. 231.
2) Schlodtmann, S. 21.

Distanz- oder um ein Platzgeschäft handelt. Die Beschränkung des alten Handelsgesetzbuches, welches nur Distanzkäufe berücksichtigte,[1]) war sachlich nicht gerechtfertigt. Denn auch bei Platzgeschäften besteht für den Kaufmann das Interesse, schnell zu erfahren, ob das Geschäft erledigt ist.[2])

Ferner findet § 377 HGB. nur dann Anwendung, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist,[3]) während nach dem alten Handelsgesetzbuche[4]) es genügte, wenn nur ein einseitiges Handelsgeschäft vorlag. Die Denkschrift[5]) erklärt, daß diese Änderung mit Rücksicht auf das Bürgerliche Gesetzbuch geboten gewesen sei. Denn wenn dieses den Käufer aus dem Grunde nicht zur sofortigen Untersuchung der Ware verpflichtet, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung habe, so verbiete es sich von selbst, eine solche Verpflichtung ins Handelsgesetzbuch einem Käufer bloß deshalb aufzuerlegen, weil er von einem Kaufmann gekauft hat.

Es soll zugegeben werden, daß diese Erwägungen für das bürgerliche Recht zutreffen; sie jedoch auf das Handelsrecht zu übertragen, kann nicht als

---

1) Dies hatte darin seinen Grund, daß man bei Schaffung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches vor allem solche Rechtsgeschäfte treffen wollte, die sich über mehrere Staaten erstreckten. Der Platzhandel blieb den Landesgesetzen unterstellt, die jedoch den Art. 347 auch auf Platzgeschäfte übertrugen. Vgl. die EG. z. allg. dtsch. HGB.: das bremische § 33, das hannoversche § 28, das oldenburgische Art. 24, das mecklenburgische § 39.

2) Denkschr. II, S. 240.

3) Mithin ist erforderlich, daß beide Parteien Kaufleute sind und im Betriebe ihres Handelsgewerbes kaufen und verkaufen (§ 343 HGB.). Die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Betriebe des Handelsgewerbes wird vermutet (§ 344 HGB.)

4) Art. 347 a. HGB., Art. 277 a. HGB.

5) Bd. II, S. 240.

glücklich bezeichnet werden. Die Interessen des Kaufmannsstandes, deren Pflege dem Handelsgesetzbuch obliegt, werden nicht gewahrt[1]). Denn das Bedürfnis des Handelsverkehrs verlangt es, daß auch der Nichtkaufmann, der mit einem Kaufmann ein Geschäft abschließt, die Pflicht zur sofortigen Untersuchung und Mängelanzeige hat. Sonst kommt der Kaufmann in Gefahr, nach Ablauf einer längeren Zeit für Mängel haftbar gemacht zu werden, ohne sich an seinem Vormann schadlos halten zu können[2]). Dies mag nicht so einleuchtend erscheinen bei Geschäften des täglichen Lebens, z. B. ich kaufe mir ein Buch, wohl aber wird es klar, wenn man etwa daran denkt, daß einem Landwirt eine Dreschmaschine geliefert worden ist.

Es ist daher verständlich, wenn Staub annimmt, daß der Grundsatz des § 377 HGB. auch bei dem einseitigen Handelsgeschäft, wennschon in abgeschwächter Weise, gelten müsse[3]). Diese Auffassung verstößt jedoch gegen den klaren Wortlaut des § 377 HGB., der es nicht zuläßt, daß diese Bestimmung auf einen Kauf, welcher nur ein einseitiges Handelsgeschäft ist, sei es direkt oder entsprechend, angewandt werden kann. Vielmehr kommen alsdann die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht. Hiernach besteht zwar im allgemeinen keine Verpflichtung des Käufers zur Untersuchung der gekauften Waren und zur unverzüglichen Rüge der entdeckten Mängel[4]),

1) Die Vorschrift des § 346 HGB., welche die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nur im Verkehr unter Kaufleuten berücksichtigt wissen will, führt zwar folgerichtig dazu, die kaufmännische Rügepflicht nur bei Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts zu statuieren; sie erweist sich jedoch in dieser Hinsicht als wenig ersprießlich.

2) Vgl. Prot. S. 316 ff.

3) Staub in DJZ. 02. S. 24.

4) RG. in JW. 01. S. 848, 20; OLG. R. 6, 90; 10, 342; 14, 378.

wohl aber kann in vielen Fällen ein solche Pflicht aus § 157 BGB. gefolgert werden[1]).

Das praktische Anwendungsgebiet des in Frage stehenden § 377 HGB. wird als bekannt vorausgrsetzt. Er lautet folgendermaßen:

„Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen."

Obige Vorschriften bezieht § 378 HGB. auch auf den Fall, daß ein aliud geliefert wird.[2]) Diese Bestimmung bedeutet eine wichtige Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande. Die Denkschrift führt in dieser Hinsicht aus[3]):

„Einerseits ist die Grenze zwischen den Fällen, in welchen eine Ware mit Rücksicht auf die Abweichung ihrer Beschaffenheit von der zu liefernden als zu einer anderen Warengattung gehörig anzu-

1) Vgl. RG. in JW. 01. S. 848.

2) Desgleichen auf den Fall, daß ein Plus oder Minus geliefert wurde.

3) Bd. II S. 243.

sehen ist, häufig schwer zu ziehen. Andererseits ist die Unterscheidung auch innerlich nicht berechtigt; denn selbst wenn die gelieferte Ware nach der durch das Urteil von Sachverständigen bekundeten Verkehrsauffassung zu einer anderen Warengattung als die bestellte zu rechnen ist, so kann doch unter Umständen eine solche Abweichung von der Bestellung für den Käufer von geringerer Bedeutung sein, als mancher Mangel hinsichtlich der Tauglichkeit. Es ist daher erklärlich, daß die Entscheidungen der Gerichte, welche, je nachdem der von dem Käufer gerügte Mangel der einen oder anderen Art von Vertragswidrigkeiten zugezählt wird, den Einwand der verspäteten Mängelanzeige für erheblich oder unerheblich bezeichnen, den Eindruck einer gewissen Willkürlichkeit machen. Dieser Rechtszustand hat keinen Anspruch auf fernere Geltung."

Die Denkschrift spricht hier nur vom Gattungskauf; bei diesem wird § 378 HGB. sein regelmäßiges Anwendungsgebiet finden. So beziehen sich auch die im früheren Rechte getroffenen Entscheidungen sämtlich auf Gattungsware. Gleichwohl wird man annehmen müssen, daß § 378 HGB. grundsätzlich auch beim Spezieskaufe Anwendung findet. Denn das Gesetz unterscheidet nicht, und es erscheint nicht angezeigt, den Unterschied in der rechtlichen Beurteilung von Spezies- und Gattungskauf mehr zu vertiefen, als es im Gesetze schon geschehen ist[1]).

Die Anwendbarkeit des § 378 HGB. ist, wie im zweiten Halbsatz festgesetzt wird, nur angegeben, „sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich[2]) von

---

1) Lehmann-Ring zu § 378 Nr. 2; Düringer-Hachenburg zu § 378 Anm. 3; Ritter S. 598.

2) Der nicht sehr klare Ausdruck „offensichtlich" soll soviel besagen, wie: „zweifellos erheblich", „einem verständigen Kaufmann erkennbar", „offenbar" (vgl. Lehmann-Ring

der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte."

Auf die subjektive Auffassung des Verkäufers kommt es hierbei nicht an; es ist gleichgültig, ob er erwartet hatte, der Käufer werde die Ware genehmigen oder ob er sich bewußt war, der Käufer werde die Ware zurückweisen. Umgekehrt sind auch die Anschauungen des Käufers über die Empfangbarkeit oder Nichtempfangbarkeit der Ware nicht ausschlaggebend. Entscheiden soll vielmehr eine objektive Betrachtungsweise[1]). Es wird verlangt, daß ein verständiger Verkäufer nach Lage der Umstände die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Den Verhältnissen des Einzelfalls ist Rechnung zu tragen. Nicht ohne Bedeutung ist daher die Kenntnis von dem Zweck, zu welchem die Ware angeschafft wurde, sowie von den Verhältnissen der Vertragschließenden, ihren Geschäftsgepflogenheiten, ihren Mitteln. Diese Voraussetzungen haben etwas Unbestimmtes an sich. Das wurde schon in der Kommission geltend gemacht[2]). Die Denkschrift selbst erkennt es an; sie führt aus[3]):

„. . . . . daß auch das nach dem Entwurf maßgebende Unterscheidungsmerkmal etwas Schwankendes hat, läßt sich nicht verkennen; immerhin gewährt es die Möglichkeit, den Umständen des einzelnen Falles die gebührende Berücksichtigung zuteil werden zu lassen, und wird daher in der Praxis zu angemesseneren Resultaten führen, als die gegenwärtig ausschließlich maßgebende Unter-

Bd. II S. 174; Makower, Bd. II S. 1321; Ritter, S. 597; Staub, Bd. II S. 1675.

1) Lehmann-Ring, Bd. II S. 173; Makower, Bd. II S. 1320; Ritter, S. 597; Staub, Bd. II S. 1675; vgl. auch Denkschr. S. 226.

2) Vgl. Prot. S. 319.

3) Bd. II S. 243.

scheidung zwischen Mängeln und Gattungsverschiedenheit."

Wenn wir danach forschen, aus welchem Gesichtspunkte heraus die Schaffung des verwirrenden „sofern"-Satzes für notwendig erachtet wurde, so ergibt sich: es erschien als unbillig, daß der Käufer infolge der Unterlassung der sofortigen Rüge sein Recht gegen den Verkäufer verlöre, falls die gelieferte Ware mit der bestellten gar nichts gemein habe und offensichtlich für den Zweck des Käufers ohne Bedeutung sei [1]).

Hier zeigt sich die Nachwirkung jener im früheren Recht herrschenden Lehre über die Nichtanwendbarkeit des Art. 347 a. HGB. bei Lieferung eines aliud. Die Zumutung, daß der Käufer auch ein aliud pro alio sollte rügen müssen, hielt man für ganz unmöglich [2]). Unter dem Banne dieser Vorstellung kam man zu der nicht befriedigenden Gestaltung unseres heutigen § 378 HGB. Jene Lehre konnten wir oben nicht erkennen und mit ihr können wir auch nicht die Schaffung des „sofern"-Satzes, weil auf jener Anschauungsweise fußend, gut heißen. Wir haben oben ausgeführt, (S. 29—33, vgl. auch S. 26—29), daß die von uns bekämpfte Theorie keine Stütze im Gesetze findet; in ihren Folgen führte sie zu Ergebnissen, die von der modernen Wissenschaft als unhaltbar bezeichnet werden; das Verkehrsleben litt an einer großen Rechtsunsicherheit, die eine glatte Abwicklung der Geschäfte verhinderte [3]).

---

1) Denkschr. Bd. II S. 243. Man sieht, daß die Begründung einen viel strengeren Maßstab zugrunde legt als das Gesetz selbst; daß die Ware mit der bestellten „gar nichts gemein habe", oder daß sie „für die Zwecke des Käufers offensichtlich ohne Bedeutung sei" ist im Gesetze selbst nicht gesagt.

2) Vgl Hanausek Abt. 1 S. 231; Schlodtmann, S. 6 und S. 18 ff.

3) In unserer Beweisführung haben wir zum Teil die Gründe, die Schlodtmann a. a. O. anführt, verwertet. Über

Es gilt daher, den Irrweg jener Lehre zu verlassen. Dann werden wir zu dem Ergebnis gelangen, daß bei Lieferung einer jeden vertragswidrig beschaffenen Ware zu rügen ist, und Klarheit wird hinsichtlich der Rügepflicht herrschen.

Nach dem heutigen Handelsgesetzbuch erhebt sich aber der Streit über das aliud von neuem. Zwar war es die Absicht des Gesetzgebers, nicht mehr die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warengattung als Merkmal dafür aufzustellen, ob eine Mängelrüge erforderlich ist oder nicht. Nur auf die offenbare Untauglichkeit der Ware zur Vertragserfüllung sollte es ankommen, nicht mehr auf den Unterschied zwischen Mängeln und Gattungsverschiedenheit. Durchgeführt ist dieser Gedanke aber nicht. Wir haben die unbedingte Rügepflicht des § 377 HGB. und die beschränkte des § 378 HGB. Sind mangelhafte Sachen geliefert worden, so ist der Käufer stets zur Mängelanzeige gezwungen. Nicht ausnahmslos besteht dagegen diese Pflicht für ihn bei Lieferung einer anderen Sache. Die Frage ist also jetzt dahin zu stellen, ob ein unter die Ausnahmevorschrift des § 378 HGB. fallendes aliud geliefert wurde.[1])

Es ist daher auch nach heutigem Rechte notwendig, zu erkennen, was unter einer anderen Sache zu verstehen ist. Die Untersuchung hat sich nach zwei Richtungen hin zu erstrecken: Einmal gilt es klarzustellen, wann bei einem Warenkauf Lieferung

---

des letzteren Abhandlung urteilt Dernburg in Preuß. Privatrecht S. 389 Anm. 8: „Daß Art. 347 ff. HGB. auch anwendbar sind, wenn statt der vertragsmäßigen eine Ware anderer Gattung geliefert und empfangen wurde, hat entgegen der herrschenden auch in unseren früheren Auflagen vertretenen Ansicht Schlodtmann in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 37 S. 1 ff. schlagend dargetan."

1) So auch Staub, Bd. II, S. 1674.

eines aliud vorliegt — so wird das Anwendunngsgebiet des § 378 HGB. erläutert; zum anderen ist darzulegen, unter welchen Umständen ein Wertpapier als aliud anzusprechen ist — dadurch wird die praktische Geltung der §§ 381, 378 HGB. gekennzeichnet.

Sodann ist die Unterscheidung zwischen einer mangelhaften und einer anderen Sache für das bürgerliche Recht von Bedeutung.

Dies wird freilich von Staub[1]) bestritten; er vertritt die Ansicht, daß bei Lieferung eines aliud dem Käufer nicht die Rechtsmittel wegen Nichterfüllung des Vertrages, sondern nur die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Sache (BGB. §§ 459 ff.) zu Gebote stehen. Zur Begründung wird ausgeführt, daß es offenbar die Absicht des Gesetzes sei, die Rechtsfolgen des § 378 HGB. über die Brücke des § 377 HGB. hinweg in der Art abzuändern, daß auch, wenn eine andere Sache geliefert wird, nur die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. eingreifen sollen.

Diese Auffassung entspricht nicht der Entstehungsgeschichte. Aus ihr geht hervor, daß es lediglich der Wille des Gesetzes ist, die im früheren Rechte zutage getretene Schwierigkeit der Unterscheidung, ob ein aliud oder eine mangelhafte Sache vorliegt, insoweit zu beheben, als es sich um die Pflicht zur Rüge handelt. Denn gerade in dieser Beziehung hatten sich die schwersten Mißstände gezeigt.

Auch der Wortlaut des Gesetzes unterstützt nicht die soeben vorgetragene Ansicht. Denn § 378 HGB. bestimmt nur, wann „die Vorschriften des § 377“ Anwendung finden, und § 377 HGB. sagt nichts darüber, welche Rechtsmittel durch ordnungsmäßige Absendung der Anzeige erhalten werden.“[2])

1) Staub, Bd. II (1907) zu § 378 Anm. 9; ebenso OLG. R. Bd. 10, S. 342.

2) Vgl. Lehmann-Ring, Bd. II, S. 173 Nr. 7; Ma-

§ 4.
Wann liegt beim Kaufe von Waren Lieferung eines aliud vor?

Nur vereinzelt hat sich die moderne Wissenschaft und Praxis über diese Frage geäußert. Wo es geschehen ist, betrifft die Untersuchung naturgemäß vor allem den Gattungskauf. Es sind drei Ansichten zu unterscheiden:

I. Die Ansicht des Reichsgerichts.

Hier kommen vornehmlich drei Urteile in Betracht[1]):

1) Entscheidung vom 9. Februar 1906[2]). Dort wird ausgesprochen, daß eine objektive Verschiedenheit der gelieferten und der bestellten Waren im Sinne von § 378 HGB. bei Gattungsware nicht nur durch die Verschiedenheit des Stoffes oder des Ursprungs begründet wird, sondern auch in der Verschiedenheit der Sorte oder der Form liegen kann, wenn sie so erheblich ist, daß nach der Verkehrsanschauung eine andere Ware als bestellt vorliegt.

2) Bestimmter äußert sich die Entscheidung vom 27. Oktober 1905.[3]) Da in ihr der Standpunkt des Reichsgerichts ausführlich begründet wird, mag sie hier wiedergegeben werden: Ein Händler hat von einem Landwirt 70 Ztr. Rübensamen unter der Garantie gekauft und geliefert erhalten, daß es „echter Eckerndorfer Rübensamen" sei. Hinterher stellte sich heraus, daß die Ware mit minderwertigem Samen untermischt war, worauf der Käufer die Klage auf Schadensersatz

---

kower, S. 1319; Düringer-Hachenburg, zu § 378 Anm. III,1. OLG. R. Bd. 8, S. 70.

1) Vgl. außerdem RG. 47, S. 135; 52, S. 352 ff.; 53, S. 91; 66, S. 289; ferner RG. bei Warneyer 1908 S. 211; RG. im Recht 04. S. 221 Nr. 1026.

2) Mitgeteilt in Recht 06. S. 1012, sowie in Holdheims Monatsschr. Bd. 15 S. 112.

3) Mitgeteilt in DJZ. 06, S. 146.

anstrengte. Der Beklagte wendet Ablauf der sechsmonatlichen Verjährungsfrist des § 477 BGB. ein. Kläger behauptet Lieferung eines aliud und stützt seinen Anspruch auf § 326 Abs. 2 BGB. Dann heißt es wörtlich: „Die zweite Instanz wies ab, weil die Lieferung einer „anderen“ Ware nicht vorliege. Denn gekauft sei nur eine besonders geschätzte Gattung Runkelrübensamen, nicht etwa Zuckerrübensamen. Das Reichsgericht weist die Revision zurück. Die Vorinstanz habe in der Lieferung anderer Arten von Runkelrübensamen nur eine Lieferung minderwertiger Ware erblicken können. Dies unterliege umsoweniger einem Bedenken, als Kläger selbst angegeben habe, daß in dem gelieferten Samen 18—20 % echter Eckerndorfer Same gewesen sei.“

3) Denselben Standpunkt wie unter 2) vertritt auch das über diese Frage zuletztergangene Urteil des Reichsgerichts von Jahre 1909.[1])

Es ergiebt sich also, daß das Reichsgericht als Regel den im früheren Rechte geltenden Satz aufstellt: Der Kaufvertrag wird durch Lieferung einer Ware aus derselben Gattung erfüllt.[2]) Aus Billigkeitsgründen sieht es sich jedoch gezwungen, Ausnahmen von der Regel zuzulassen.

II. Die Ansicht Lehmanns geht dahin, daß beim Gattungskauf die Frage, ob ein aliud vorliegt, sich meist mit der decken wird, ob die Abweichung eine besonders erhebliche ist oder nicht.[3])

1) Vgl. Neumanns Jahrb. 1909, S. 673: Wenn die gelieferte Ware (Naphtalin) trotz der Abweichung in den einzelnen Prozenten der chemischen Zusammensetzung von den vereinbarten Prozenten nach der Verkehrsanschauung als Naphtalin zu verwenden ist, wenngleich nicht nach den besonderen Betriebseinrichtungen des Empfängers, so liegt nur ein Qualitätsmangel, nicht die Lieferung eines aliud vor.

2) Ebenso Kipp zu Winscheid II, S. 711.

3) Lehman-Ring, Bd. II, S. 173 Nr. 5.

Zu dieser vermittelnden Anschauungsweise tritt

III. die Ansicht v. Blumes[1]), der eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache aufstellt.

Eine Begründung der einzelnen Ansichten aus dem Gesetze wird meist nicht gegeben.

Wir wollen es versuchen, klarzulegen, welches der Standpunkt des Gesetzes in dieser Frage ist. Dabei können wir uns nicht auf das Handelsgesetzbuch stützen, dessen Vorschriften der §§ 373 ff. über den Handelskauf nur einige Sondersätze enthalten; wir müssen auf das Bürgerliche Recht zurückgreifen. In Betracht kommen hier die Bestimmungen über den Kauf (BGB. §§ 433 ff.), insbesondere die §§ 459 ff.) (Gewährleistung wegen Mängel der Sache), sowie die Regelung der Rechtsmittel, welche dem Gläubiger bei Nichterfüllung des Vertrages zu Gebote stehen (BGB. §§ 320 ff.).

Einleuchtend erscheint es, daß beim Spezieskauf jede andere als die wirklich gekaufte Sache ein aliud ist. Denn nur durch Hingabe der gekauften — wenn auch fehlerhaften — Speziessache kann die Verpflichtung des Verkäufers erfüllt werden. Die Lieferung einer anderen als der im Kaufvertrage individuell bezeichneten Sache wäre eine vom Inhalt des ursprünglichen Rechtsgeschäfts ganz verschiedene Leistung. Wir nehmen also an, daß eine Trennung besteht zwischen der Erfüllungspflicht des Verkäufers einerseits und seiner Haftung für die Beschaffenheit der Kaufsache, der Gewährleistungspflicht, anderseits. Lieferung einer mangelhaften Speziessache erscheint

---

1) In Jherings Jahrb. Bd. 55 S. 238; vgl. ferner Oertmann, Komm. S. 465; G. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 78; Fr. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 1910 S. 24.

demnach nicht als Nichterfüllung.[1]) Dieser Auffassung ist in der Literatur entgegen getreten worden. Es wird nämlich behauptet, daß mangelhafte Erfüllung unter Umständen Nichterfüllung ist[2]), ja sogar eine Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Verkäufers hervorrufe.[3])

Dagegen ist zu sagen, daß das Gesetz im § 480 BGB. nur dem Käufer eine der Gattung nach bestimmten Sache das Recht gewährt, zu verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Die gleiche Befugnis ist aber dem Käufer einer Speziessache versagt Daraus wird man schließen müssen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch beim Spezieskauf grundsätzlich mangelhafte Lieferung als mangelhafte Erfüllung angesehen wissen will[4]). Es liegt also keine Veranlassung vor, von dem im römischen Recht unangefochtenen Satz[5]) abzuweichen, daß bei einem Spezieskauf nur bei Lieferung anderer, nicht bei Übereignung nur fehlerhafter Sachen von Nichterfüllung die Rede sein kann[6]).

---

1) Vgl. Mosler S. 13.

2) Vgl. Cosack, Aufl. 1900, § 108 Nr. 1; Dernburg, 1901, Bd. II, § 185 I; und in DJZ. 03 S. 4 (wenn der Käufer die Sache noch nicht angenommen hat). Düringer-Hachenburg (1905), Bd. III, S. 81 ff. (bis zum Gefahrübergang. Emerich, S. 68 ff.; Schöller, S. 13 ff.

3) Titze (S. 274) folgert aus § 459 BGB., daß der Verkäufer die Speziessache in „brauchbarem Zustande“ zu gewähren hat. Wenn der Verkäufer dieser Verpflichtung nicht nachkomme, so liege auf seiner Seite eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Seite 277 f. heißt es jedoch weiter: nicht könne der Käufer etwa Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen (BGB. §§ 122 ff.), sondern er sei auf die Rechtsmittel der §§ 459 ff. BGB. beschränkt.

4) Vgl. auch Mosler; S. 13/14.

5) Windscheid-Kipp, § 394 Anm. 20.

6) Gleicher Ansicht Berndorff, S. 87; Crome, § 222 S. 441 Anm. 4; Endemann, S. 984; Lehmann-Ring, Bd.

Zu diesem Ergebnis gelangen wir auch aus einer anderen Erwägung heraus. Gemäß § 459 Abs. 1 BGB.[1]) und § 462 BGB. steht dem Käufer im Falle mangelhafter Lieferung das Recht auf Wandlung oder Minderung zu. Beide haben zur Voraussetzung, daß der Vertrag erfüllt ist; es sind sog. Gewährleistungsansprüche. In Ansehung des § 459 BGB. ergibt sich, daß eine mangelhafte Speziessache kein aliud sein kann. Denn dieser Absatz 1 des Paragraphen sagt, daß es nicht genügt, wenn die gelieferte Sache von der bestellten, sei es in der Güte, oder sonstigen Beschaffenheit abweicht, um dem Käufer die Gewährleistungsansprüche zu geben. Vielmehr geschieht dies erst dann, wenn eine erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit vorliegt. Darin ist ausgesprochen, daß durch die Lieferung einer mangelhaften Speziessache der Kauf (wenn auch mangelhaft) erfüllt wird, sogar dann, wenn

„die Sache mit derartigen Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern[2])."

Die einzige Voraussetzung, die im BGB. § 459 für die Erfüllung des Kaufes einer Spezissache gestellt wird, ist, daß „sie" = die Speziessache geliefert wird.

In Hinsicht auf den Spezieskauf bietet also die Anwendbarkeit des § 378 HGB. keine Schwierigkeit. Nicht so sicher ist die Frage beim Werklieferungsvertrage zu entscheiden, auf den nach § 381 Abs. 2 HGB.

II zu § 378 Nr. 4; Mosler, S. 14; Oertmann, Anm. zu § 459; Planck, Anm. zu § 459; Schollmeyer, in Jher. Jahrb. a. a. O. S. 97; Schröder, S. 2; Staub, Exk. zu § 374 Anm. 37.

1) Der Übersichtlichkeit halber wird der Fall, daß besondere Eigenschaften zugesichert wurden, nicht behandelt.

2) § 459 Abs. 2 BGB.

die Vorschriften über den Handelskauf Anwendung finden. Denn hier liegt bei Abschluß des Vertrages ein Sachindividuum nicht vor. Es kommt darauf an, festzustellen, welche bestimmte Beschaffenheit der Gegenstand nach der Abrede der Parteien haben sollte. Stellt der Unternehmer eine Sache her, die der bei Vertragsschluß ins Auge gefaßten Ausführung im Großen und Ganzen entspricht, so hat er kein aliud geliefert. Es ist daher § 377 HGB. anzuwenden. § 378 HGB. kann nur in Betracht kommen, wenn dem gelieferten Gegenstand diejenigen Eigenschaften mangeln, die bei der Bestellung zu begriffsbestimmenden erhoben wurden[1]). Ist z. B. vom Käufer verlangt worden, daß der bestellte Aktenschrank nur eine Breite von 1 m haben darf, weil sonst wegen des zur Verfügung stehenden Raumes keine Verwendung für ihn bestände, so ist ein aliud geliefert, wenn der Aktenschrank eine Breite von 1,10 m hat.

In Beziehung auf den Gattungskauf wird behauptet, daß der Käufer zur Lieferung eines vertragsmäßigen Stückes verpflichtet ist. Diese Ansicht stützt sich auf § 243 Abs. 1 BGB., der lautet:

„Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten[2])."

Aus dieser Vorschrift schließt man, daß keine Erfüllung des Kaufes vorliegt, wenn nicht eine nur der Gattung nach bestimmte Sache mittlerer Art und Güte

---

1) Lehmann-Ring, Bd. II S. 172; Bolze, Bd. 12 Nr. 458—460.

2) Entsprechend heißt es im Handelsgesetzbuch § 360: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Ware geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten."

geliefert ist[1]). Es wird ausgeführt[2]), daß die nur der Gattung nach bestimmte Sache aufhöre, mittlerer Art und Güte zu sein, wenn sich an ihr ein Fehler zeigt, der unter § 459 Abs. 1 BGB. fällt. Leiste demnach der Verkäufer eine mit solchen Fehlern behaftete Ware, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, so sei der Kauf nicht erfüllt. Dieser Begründung ist nicht zuzustimmen. Denn wenn es auch möglich ist, daß Fehler, wie sie in § 459 Abs. 1 BGB. gemeint sind, einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die Eigenschaft „mittlerer Art und Güte" nehmen könne, so ist dies doch keineswegs die Regel. Dies beweist folgendes Beispiel[3]): Eine Dame kauft in der Garnisonstadt eines Kavallerieregiments ein Pferd zum Selbstfahren. Dieses Pferd ist dem Preise angemessen und durchaus mittlerer Art und Güte. Da es jedoch früher Kavalleriepferd war, geht es jedesmal bei Ertönen des Trompetensignals durch. Darin zeigt sich also ein Fehler der im § 459 Abs. 1 BGB. bezeichneten Art. Denn das Pferd ist nicht geeignet zu dem vertragsmäßig ausgemachten Gebrauch, „zum Selbstfahren durch eine Dame" benutzt zu werden. Darum hört das Pferd aber trotzdem nicht

---

1) So Crome, Bd. II S. 47 ff.; Jacubetzky, S. 96; Emerich, a. a. O. S. 68; Hellbach, im Recht 05. S. 6; Schöller bei Gruch. Bd. 46 S. 28; Planck, Anm. 3 zu § 480; Rehbein, S. 31 Nr. 18.

2) RG. Bd. 47 S. 135.

3) Schollmeyer, in Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 101. Ein anderes Beispiel, das Schollmeyer anführt, ist folgendes (a. a. O. S. 100): „Wenn man sich vom Fabrikanten eine goldene Taschenuhr schicken läßt, und die Feder ist nicht in Ordnung, so liegt gewiß ein erheblicher gebrauchmindernder Fehler vor. Trotzdem kann die Uhr mittlerer Art und Güte sein." Vgl. auch Schroeder, Gewährleistung für Sachmängel, 1903 S. 90.

auf, mittlerer Art und Güte zu sein. Denn mit diesem Ausdrucke soll doch nur gesagt werden, daß unter den verschiedenen Pferden, die in der verlangten Preislage zu verkaufen sind, ein „mittleres“ auszuwählen ist. Wenn also eine nur der Gattung nach bestimmte Sache sehr wohl fehlerhaft im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB. sein kann, ohne aufzuhören, „mittlerer Art und Güte“ zu sein, so ist es nicht gerechtfertigt anzunehmen, daß mit einer fehlerhaften, nur der Gattung nach bestimmten Sache die Kaufverpflichtung nicht erfüllt werden kann [1]).

Zu einem anderen Ergebnis gelangen wir jedoch in Ansehung des § 480 Abs. 1 BGB. Danach stehen dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache wegen Mängel der Ware drei Rechtsmittel zu. Es sind: Wandlung, Minderung und ein Nachlieferungsanspruch. Die beiden zuerst genannten sind ebenso wie in § 462 BGB. Gewährleistungsansprüche. Gehen wir inbetreff ihrer in derselben Weise vor wie in Anbetracht der §§ 459 Abs. 1, 462 BGB. beim Kauf einer Speziessache, so ergibt sich, daß die einzige Voraussetzung für die Erfüllung eines Gattungskaufes die ist, daß „sie“ = die der Gattung nach bestimmte Sache geliefert ist.

Als drittes Rechtsmittel steht dem Käufer der Anspruch zu, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch hier dem Käufer neben Wandlung und Minderung, den sog. ädilizischen Rechtsmitteln, noch den Nachlieferungsanspruch gibt, hat es eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden. Während das römische Recht nur Speziessachen kannte, wurde im gemeinen Recht der Begriff von nur der Gattung

1) So: Berndorff, S. 87; Oertmann, Anm. 2 zu § 480; (anders Aufl. 1); Schollmeyer in Jehr. Jahrb. Bd. 49 S. 100; Schroeder, a. a. O. S. 90.

nach bestimmten Sachen ausgebildet. Es war nun streitig, ob auch dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache für den Fall ihrer Fehlerhaftigkeit die ädilizischen Rechtsmittel gewährt werden sollten, die nach dem Vorbilde des römischen Rechts, streng genommen, nur dem Käufer einer Speziessache zustanden. Diese wurde bejaht u. a. von Goldschmidt[1]) und Dernburg[2])[3]); die gegenteilige Meinung vertraten Thöl[4]) und Windscheid[5]). Letztere halfen dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache dadurch, daß sie ihm im Falle der Mangelhaftigkeit der Ware die actio empti, d. i. die Erfüllungsklage, gaben. Sie sagten nämlich: Wenn eine mangelhafte Ware geleistet wird, so ist dies nicht als Erfüllung anzusehen. Denn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, die nicht vertragsmäßig ist, sei eben eine andere Sache, sei ein aliud. Im Bürgerlichen Gesetzbuche ist in § 480 der Streit dahin entschieden, daß der Käufer sowohl die ädilizischen Rechtsmittel (Wandlung und Minderung), wie auch den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache hat, der im Erfolge der actio empti entspricht.

Die Entscheidung angesichts der sich erhebenden Frage, welches die Anschauung des Gesetzes darüber ist, wann Erfüllung des Vertrages vorliegt, wann also nur eine mangelhafte Sache geliefert ist oder ein aliud, hängt ab von der rechtlichen Beurteilung des Nachlieferungsanspruches.

---

1) Z. HR. Bd. 19 S. 98 ff. Hier findet sich eine vortreffliche Zusammenstellung der einzelnen Ansichten.

2) Pand. II § 101 Nr. 3.

3) Der bejahenden Ansicht huldigte auch die Praxis, bes. das ROHG. (vgl. Goldschmidt a. a. O.) und das RG. Bd. 6 Nr. 53 S. 150 und Bd. 12 Nr. 19 S. 84.

4) Thöl, HR. I § 275 Nr. 16.

5) Pand. II 394 Nr. 5.

Die Meinungen sind hier sehr geteilt. Die einen[1]) vertreten den Standpunkt, daß er ein Gewährleistungsanspruch ist. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß der Nachlieferungsanspruch zusammen mit den anderen Gewährleistungsansprüchen vom Gesetze genannt wird. Vor allem stützen sie sich darauf, daß auch der Nachlieferungsanspruch der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB. unterliege. Doch das ist nicht überzeugend. Denn den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei Vorliegen von arglistig verschwiegenen Fehlern, der doch sicherlich ein Gewährleistungsanspruch ist, unterwirft das Gesetz nicht der kurzen Verjährungsfrist Es ist also nicht gerechtfertigt, aus der Gleichheit der Verjährungsfrist auf eine Gleichheit der rechtlichen Natur zu schließen. Es wird ferner der Nachlieferungsanspruch als eine andere Art von Wandlung erklärt[2]). Es wird ausgeführt, bei einem Spezieskaufe sei es nur möglich, gegen Rückgabe der Sache Herausgabe des Kaufpreises zu verlangen. Die Natur einer nur der Gattung nach bestimmten Sache bringe es dagegen mit sich, daß aus der Gattung noch einmal geliefert werden kann. Wie bei einem Spezieskauf sich also die Wandlung durch Rückgabe der mangelhaften Sache gegen Rückgabe des gezahlten Kaufpreises vollziehe, so geschehe es beim Kaufe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache durch Rückgabe der mangelhaften Sache gegen Lieferung einer mangelfreien. Diese Auslegungen verfolgen das Ziel, in § 480

---

1) Schollmeyer, in Jher. Jahrb. B. 59 S. 99, S. 103; Fischer, in Jher. Jahrb. Bd. 51 S. 218.

2) Neben dem in Anm. 1 S. 60 genannten Schriftstellern noch Kipp zu Windscheid Bd. II. S. 711. Er bezeichnet den Nachlieferungsanspruch als eine „Wandlung der Sache gegen eine andere Sache.“ Ferner: Eccius bei Gruchot, Bd. 43 S. 389 (Form der Wandlung); Goldmann-Lilienthal, S. 508; Endemann, S. 100; Eck-Leonhard, S. 459.

BGB. einen einheitlichen Gedanken hineinzulegen, nämlich den: dem Käufer, der eine mangelhafte, der Gattung nach bestimmte Sache erhält, stehen nur Gewährleistungsansprüche zu Gebote. Darin liegt, daß durch Lieferung einer mangelhaften Ware der Vertrag erfüllt. Ist also aus der verlangten Gattung geliefert worden, so liege ein aliud nicht vor, mag die Ware auch noch so mangelhaft sein. Es läßt sich nicht leugnen, daß auf diese Weise der Zwiespalt vermieden wird, der in dem anderen Falle, daß man den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch kennzeichnet, in das Gesetz hineingetragen ist.

Doch um die rechtliche Natur eines Anspruches zu bestimmen, ist es wohl das Richtige, seinen rechtlichen Grund zu untersuchen. Der Nachlieferungsanspruch ist aber ein Erfüllungsanspruch. Die oben wiedergegebene Anschauung, er sei eine Art von Wandlung, kann nur eine Fiktion sein. Denn Wandlung besteht darin, daß die gegenseitig gegebenen Leistungen zwischen Käufer und Verkäufer ausgetauscht werden. Der Vertrag wird rückgängig gemacht, und daher ist es für die Wandlung wesentlich, daß sich der Austausch nur auf die Gegenstände erstrecken kann, welche nach dem Inhalte des Vertrages als Erfüllungsobjekt für den anderen Teil bestimmt waren, und auf keine anderen. So liegt die Sache beim Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache aber nicht. Nur in einer Beziehung besteht eine Ähnlichkeit mit der Wandlung, nämlich darin, daß der Käufer die mangelhafte Sache, die er bekommen hat, wieder zurückgibt. Der Verkäufer muß jedoch nicht den Kaufpreis zurückerstatten, sondern eine ganz andere neue Sache liefern[1]). Im übrigen wird auch

1) Wenn Düringer-Hachenburg in ihrem Komm. Bd. III (1905) S. 152 ausführen: „Der Anspruch auf Ersatzlieferung ist in seinem praktischen Resultat identisch mit dem

in den Motiven von dem Nachlieferungsantrag ausdrücklich als einem Erfüllungsanspruch gesprochen.[2]) Die gleiche Ansicht vertreten das Reichsgericht[3]), sowie die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller.[4])

Nachdem wir jetzt festgestellt haben, daß im § 480 Abs. 1 BGB. dem Käufer neben zwei Gewährleistungsansprüchen auch ein Erfüllungsanspruch gegeben ist, gewinnen wir als Ergebnis, daß das Gesetz die Entscheidung über die Frage, ob eine mangelhafte nur der Gattung nach bestimmte Sache Erfüllungsobjekt ist, in die Hände des Käufers legt.

Macht der Käufer die Gewährleistungsansprüche geltend, so ergibt sich, daß durch die Lieferung einer mangelhaften nur der Gattung nach bestimmten Sache der Kauf erfüllt ist, daß hier also kein aliud vorliegt.

Entschließt er sich aber dazu, die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, so ist hierfür Voraussetzung, daß der Vertrag nicht erfüllt ist. Der Vertrag ist aber nicht erfüllt, wenn eine andere Sache geliefert ist, nämlich ein aliud.

Dieser Schluß kann aus dem Gesetz nur mittelbar gezogen werden. In § 480 BGB. ist der Ausdruck „andere Sache“ nicht gebraucht, vielmehr ist dort nur die Rede von „mangelhafter Sache.“ Bestimmt spricht hier also das Gesetz nur aus: Auch dann, wenn der Käufer den Nachlieferungsanspruch geltend macht,

---

Anspruch auf Vertragserfüllung, aber er ist ein Gewährleistungsanspruch“, so bedarf dies keiner weiteren Widerlegung, da diese Sätze einen Widerspruch in sich selbst enthalten.

2) Mot. II, S. 242.

3) RG. Bd. 53, S. 204.

4) Crome, S. 472; Dernburg, BGB. II, 2, S. 68; Emerich, S. 68; Haiden, Anm. zu § 480; Haymann, bei Gruch. Bd. 46, S. 544; Leistner, S. 30; Matthiass, Bd. II, S. 507; Mosler, S. 19; Neumann, BGB. Anm. 1 zu § 480; Oertmann, Anm. 2 zu § 480; Plank, Anm. 3 zu § 480; Staub, S. 1366, Anm. 83; Staudinger, Anm. zu § 480.

handelt es sich um eine „mangelhafte Ware“. Das schliesst aber nicht aus, dass eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, die mit Fehlern behaftet ist, zur Erfüllung nicht geeignet ist, also nach der Anschauung des Gesetzes ein aliud ist.

Damit kommen wir zu unserem Ausgangspunkte zurück und finden die Beantwortung unserer Frage dahin, daß es nach dem Gesetze sehr wohl möglich ist, in der Lieferung einer mit einem erheblichen Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB.) behafteten nur der Gattung nach bestimmten Sache die Leistung eines aliud zu erblicken.[1])

Die Ansicht Lehmanns findet also eine Stütze im Gesetze.“

Diese Anschauung entspricht auch der im Verkehr üblichen, die einen scharfen Unterschied zwischen Spezies- und Genuskauf macht. Wenn sich z. B. jemand einen bestimmten Sessel aus der Zeit Ludwig XIV. kauft, der historischen Wert besitzt, so liegt dem Käufer vor allem daran, gerade diesen Stuhl zu erhalten. Der Verkäufer erfüllt also, wenn er die gewünschte Sache liefert. Es würde nicht dem Willen der Parteien entsprechen, die Erfüllungspflicht des Verkäufers neben der Lieferung der verlangten Speziessache auch auf die Gewährung ven Eigenschaften der Ware auszudehnen, wenn man also die Erfüllung des Vertrages von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften abhängig machen wollte. So z. B., daß dieser Sessel, wie während der Verkaufsverhandlungen beiläufig verlangt wurde, nicht wurmstichig ist. Denn dann würde für den Fall, dass diese Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorhanden ist, das Schuldverhältnis als ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag dem Schicksal der Nichtigkeit anheimfallen (§ 306 BGB.).

1) Vgl. Lehmann-Ring, Bd. II, S. 178.

Anders ist die Sachlage jedoch bei einem Gattungskaufe. Es bestellt z. B. jemand nach dem Kataloge einen Sessel, der unter Nr. 100 bezeichneten Art. Hier ist das Augenmerk des Käufers nicht darauf gerichtet, einen näher bestimmten Stuhl zu erhalten, sondern in obligatione ist ein vertragsmässig beschaffener. Darum kann auch § 306 BGB. nicht Platz greifen, weil es immer noch möglich ist, eine vertragsmäßige Sache aus der Gattung zu beschaffen.[1])

Die Begriffsbestimmung des aliud hat praktisch wichtige Folgen.[2]) Wenn eine andere Sache geliefert wird, so ist es rechtlich so, wie wenn der Vertrag überhaupt nicht erfüllt wurde.[3]) Der Verkäufer ist seinen Verpflichtungen gemäß § 433 Abs. 1 BGB., die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen, nicht nachgekommen. Es greift Platz § 440 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift verweist auf die Grundbestimmungen, welche in den §§ 320 bis 327 BGB. für gegenseitige Verträge, zu denen ja auch der Kauf gehört, aufgestellt sind. Der allgemeinste und nächste Rechtsbehelf ist hiernach die gegen den Verkäufer gerichtete Klage auf Vertragserfüllung.[4]) Bei Verzug kann der Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen.[5]) Ferner stehen dem

1) So auch Wolff, in Jher Jahrb. Bd. 56, S. 67.

2) Vgl. zu folgendem Lehmann-Ring Bd. II S. 173 Nr. 7, sowie Oertmann, Bem. 2b zu § 480.

3) Vgl. auch RG. in Senff, Bd. 60, S. 348: „In wirtschaftlicher Beziehung macht es keinen Unterschied, ob der Verkäufer gar nicht liefert oder eine Ware liefert, die der Käufer wegen Unbrauchbarkeit zurückweisen muss."

4) Vgl. hierzu Schlossmann, in Jher. Bd. 45, bes. S. 127—128.

5) Zu beachten ist hier „der Kauf auf Abruf". Vgl. Zander in Gruch. Bd. 52 S. 306: „Der Abruf ist Kündigung und Mahnung zugleich." Von Wichtigkeit ist es, daß in dem Falle von der Fristsetzung Abstand genommen werden kann,

Käufer die Ansprüche wegen Unmöglichkeit der Leistung zu Gebote. Eine (objektive) Unmöglichkeit wird beim Gattungskauf selten anzunehmen sein. Denn es gehört nicht zu den Alltäglichkeiten, daß eine ganze Gattung zu existieren aufgehört hat.[1]) Häufiger wird der Käufer in die Lage kommen, Ansprüche geltend zu machen, wenn (subjektives) Unvermögen auf seiten des Verkäufers einer nur der Gattung nach bestimmten Sache vorliegt.[2]) Für den Spezialkauf gilt das Gleiche; nur ist hier naturgemäß oft das Vorliegen der (objektiven) Unmöglichkeit, die individuell bestimmte Sache zu liefern, gegeben.[3])

Die dem Käufer auf Grund der §§ 320 ff. BGB. zustehenden Ansprüche verjähren in 30 Jahren (BGB. § 195). Hierin besteht der im praktischen Leben am ehesten fühlbare Unterschied in der andersartigen Behandlung von mangelhaften erfüllten und nicht erfüllten Verträgen.

---

wenn der Schuldner von vornherein die Leistung geweigert hat. So Oertmann S. 205 und die dort Genannten.

1) Hierher gehört auch der Fall, daß die Beschaffung eines mangelfreien Stückes aus der Gattung mit so erheblichen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dem Verkäufer nicht zugemutet werden kann (so z. B. Titze, S. 8 ff., S. 66 ff.; RG. Bd. 57 S. 116; a. M.: Enneccerus, S. 469; Eck, S. 269). In allen diesen Fällen wird jedoch der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei, da er — wie aus § 279 BGB. zu folgern ist — nur so lange haftet, als die Leistung aus der Gattung möglich ist. Der Käufer kann also einen Schadenersatzanspruch nicht geltend machen.

2) Vgl. hierzu Oertmann, S. 99.

3) Von einigen Schriftstellern wird behauptet, daß eine vertragswidrige Lieferung eine teilweise Unmöglichkeit herbeiführe, teilweise nämlich hinsichtlich der Zeit (so Goldmann-Lilienthal, a. a. O. Bd. I, S. 133; Titze, a. a. O. S. 31 ff. und S. 148 ff.). Der Ausgangspunkt dieser Konstruktion ist der, dass die Unmöglichkeit der Leistung sich auf jeden Bestandteil der Verbindlichkeit des Schuldners beziehen kann,

Leider können wir es nicht für uns in Anspruch nehmen, die aliud-Frage in einer Weise, die allein dem Gesetze gerecht wird, gelöst zu haben. Hinsichtlich des Spezieskaufes besteht ja Klarheit. Bei Lieferung von nur der Gattung nach bestimmten Sachen läßt das Bürgerliche Gesetzbuch aber eine doppelte Anschauungsweise zu. Im § 480 Abs. 1 BGB. wird festgesetzt, daß Hingabe einer mangelhaften, nur der Gattung nach bestimmten Sache Erfüllung des Vertrages sein kann, daß jedoch der Käufer solche Leistung entsprechend dem Wesen und Inhalt des Gattungskaufes nicht als Erfüllung des Vertrages gelten lassen muß. Der Gesetzgeber hat hier einen vermittelnden Standpunkt einnehmen wollen, indem er den im gemeinen Recht sich geltend machenden verschiedenen Anschauungen gleichermaßen Rechnung trägt. Diese Regelung ist nicht als glücklich zu bezeichnen. Aus der unbestimmten Fassung der Vorschrift entspringt eine Unsicherheit in der Betrachtung der Rechtsfälle. Vornehmlich in Hinsicht auf das aliud.

---

auf den „Gegenstand der Leistung", die „Zeit der Leistung" und den „Ort der Leistung". Habe nun der Verkäufer vertragswidrig geliefert, so habe er sich hierdurch in die Unmöglichkeit versetzt, zu der Zeit, wo die Erfüllung erfolgen sollte, ordnungsgemäß zu liefern. Diese Ansicht muß jedoch als nicht zutreffend bezeichnet werden, weil sie eine Vermischung der Lehren vom Verzuge und der Lehre von der Unmöglichkeit in sich schließt. (Vgl. Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen im Arch. Ziv. Prax. Bd. 96, S. 76 ff.; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen S. 8 ff.).

1) Nicht ist es richtig, die sechsmonatliche Verjährungsfrist des § 477 BGB. auch bei Lieferung eines aliud für anwendbar zu erklären (so: OLG. Hamburg, vgl. OLG. R. 10, S. 342). Denn wenn der Käufer seine Klage auf die §§ 320 ff. BGB. stützt, so ist damit eine Rechtsgrundlage geschaffen, die ihrer eigenen Verjährungsfrist folgt. Das ist die gewöhnliche von 30 Jahren (§ 195 BGB.).

Was eine „andere“ nur der Gattung nach bestimmte Sache im Sinne des § 378 HGB. ist, läßt sich daher nicht unzweifelhaft feststellen. Die Begriffsbestimmung des aliud, die wir dem Gesetze dahingehend entnahmen, daß jede mit einem erheblichen Fehler behaftete Ware ein aliud ist, zeitigt für das Verkehrsleben billige Ergebnisse; sie ist weiter aus dem Grunde empfehlenswert, weil sie zu der schon oben vorgeschlagenen Lösung hinführt, die kaufmännische Rügepflicht bei Lieferung vertragswidrig beschaffener Ware zu statuieren.

§ 5.

Wann liegt beim Kaufe von Wertpapieren Lieferung eines aliud vor?

Was unter Wertpapieren zu verstehen ist, sagt uns weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch das Handelsgesetzbuch. Es wird der Wissenschaft überlassen, eine erschöpfende Begriffsbestimmung ausfindig zu machen. Die Definition Brunners ist von der Mehrheit der Schriftsteller in ihren Grundzügen angenommen worden, Dieser geht von folgenden Gesichtspunkten aus: Das Wesen des Wertpapiers ist in dem eigentümlichen Verhältnis zu suchen, in dem das Recht, über welches das Papier lautet, zu der Urkunde steht. Die Bedeutung des Wertpapieres liegt nicht im Papier an sich, sondern in dem Rechte, welches sich darin verkörpert findet. Die Rechte, um die es sich beim Wertpapiere handelt, müssen wirtschaftlich wertige Privatrechte sein. Die Geltendmachung des Rechts erfolgt entweder durch Uebertragung oder Ausübung; das Merkmal des Wertpapieres sei demnach in den bürgerlich-rechtlichen Diensten zu suchen, die das Papier bei Verwertung des betreffenden Rechts auszuüben habe. So gelangt

er zu folgender Begriffsbestimmung:[1] [2] „Ein Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunden privatrechtlich bedingt wird."

Als Hauptmerkmale des Wertpapiers treten hier hervor: das Wertpapier ist eine Urkunde über ein Vermögensrecht, und dieses Vermögensrecht kann ohne die Urkunde nicht verwertet werden.[3]

Keine Wertpapiere sind demnach die schlichten Beweisurkunden, die nur den Zweck haben, durch ihren Inhalt das Bestehen des Rechts zu beweisen, während das Recht auch ohne die Urkunde besteht und der Nachweis des Rechts im Bestreitungsfalle auch anderweit geführt werden kann.[4]

Desgleichen sind die konstitutiven oder dispositiven Urkunden noch nicht notwendig Wertpapiere. Bei

1) Brunner, in Endemann Bd. II (1882), S. 140 ff.

2) Vgl. ferner Thöl (1879), Bd. 1., S. 593 und S. 632; Goldschmidt (1874), Bd. I, S. 385; Cosack (1901), Bd. II, S. 333; Koch, S. 4 und Dernburg, II S. 42.

3) Die Urkunden, die unter den Begriff Wertpapiere fallen, sind ebenso zahlreich wie verschiedener Art. Die gebräuchlichste Einteilung ist die in Inhaber-, Order- u. Rectapapiere. Bei einem Inhaberpapier verpflichtet sich der Aussteller, an den Inhaber schlechthin seine Leistung zu bewirken. Als Beispiele seien genannt: die Schuldverschreibung auf den Inhaber, Grundschuld- und Rentenschuldbrief, Inhaberaktien. Bei einem Orderpapier verspricht der Schuldner, an die Order des in der Urkunde genannten Gläubigers, d. h. an diesen selbst oder an denjenigen, der die Urkunde durch Indossament erwerben wird, zu leisten. Das typische Beispiel ist der Wechsel. Ferner sei erinnert an die Wertpapiere, die in § 363 HGB. angeführt sind, die zwar eigentlich Rectapapiere sind, aber auch an Order gestellt werden können. Vgl. auch HGB. §§ 222—224: Namensaktien und Interimsscheine. Das Wesen des Rectapapiers besteht darin, daß der Aussteller nur an den in der Urkunde namentlich angeführten Gläubiger eine Leistung zu bewirken sich verpflichtet.

4) Vgl. Jacobi, S. 2—3.

ihnen entsteht das verbriefte Recht nur dadurch, daß eine Urkunde darüber errichtet wird.[1]) Für die Ausübung und die Übertragung des darin verbrieften Rechts sind jedoch die dispositiven Urkunden grundsätzlich nicht immer erforderlich.

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche unterscheiden wir zwei Arten von Kauf: den Kauf von Sachen und denjenigen von Rechten. Infolge der eigenartigen Natur der Wertpapiere, die in der innigen untrennbaren Verbindung der Urkunde mit der Forderung, also einer Sache mit einem Recht, zu suchen ist, entstehen Schwierigkeiten, nach welchen Vorschriften der Kauf von Wertpapieren zu beurteilen ist.

Es werden drei Ansichten vertreten:

I. Ältere Schriftsteller[2]) wollen das Wertpapier beim Kauf vollständig wie ein Recht behandeln. Das Papier ist für sie lediglich ein Beweismittel für das Bestehen der in der Urkunde verbrieften Forderung. Der Verkäufer haftet demnach nur für rechtliche Mängel. Diese Theorie wird heutzutage nicht mehr vertreten.

II. Eine andere Ansicht sieht die Urkunde als Hauptsache an und kennt demnach nur eine Haftung für Sachmängel (BGB. §§ 459 ff.[3])

III. Ausgehend von der Tatsache, daß das Wertpapier aus zwei verschiedenen Teilen besteht, einem Recht und einer Sache, läßt eine dritte Lehre, soweit es sich um das verkaufte Recht handelt, die Regeln des Kaufes von Rechten und soweit es sich um die Urkunde handelt, die Regeln des Sachkaufs eintreten.[4])

---

1) Vgl. § 313 BGB.

2) Z. B. Thöl, Bd. II, S. 82; Brunner, a. a. O. S. 144.

3) Z. B. Gerber, a. a. O.. S. 299; in neuerer Zeit vor allem Neukamp, a. a. O., S. 1 ff.

4) So Lehmann, Beiträge . . . S. 387; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 31; Düringer in DJZ. Bd. 10, 1905, S. 374 ff.; vgl. auch Hagens in DJZ. Bd. 10, 1905, S. 666 ff.

Die letztgenannte Ansicht ist die richtige. Die Vorschriften der Sachgewährleistung können hinsichtlich des in den Wertpapieren verkörperten Rechts nicht Anwendung finden. Denn gemäß § 90 BGB. sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur „körperliche Gegenstände." Wenn behauptet wird, die moderne Rechtsentwicklung gehe dahin, die Wertpapiere in ihren rechtlichen Beziehungen wie körperliche Sachen zu behandeln,[1]) so hat das Bürgerliche Gesetzbuch dieser Rechtsentwickelung im wesentlichen nur auf sachenrechtlichem Gebiete nachgegeben. Denn hier kommt die Eigenschaft des Wertpapiers als körperliche Sache entscheidend in Betracht (vgl. z. B. BGB. §§ 935 Abs. 2, 1006 Abs. 1; HGB. § 367). Das Wertpapier ist aber nicht bloß körperliche Sache. Es ist zugleich Träger eines Rechts. Wer ein Wertpapier kauft, will das in ihm verkörperte Recht erwerben. Der Kauf eines Wertpapiers ist daher im wesentlichen Kauf eines Rechts. Dies ist der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es hat im § 437 Abs. 2 deutlich zu erkennen gegeben, daß der Verkäufer eines Wertpapieres für den rechtlichen Bestand des veräußerten Rechts nach den Grundsätzen über Rechtsgewährleistung haftet. In § 437 Abs. 2 BGB. kommt ein Prinzip zum Ausdruck. Nicht hat lediglich die eine Frage entschieden werden sollen, ob das Bestehen eines Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Wertpapiers als ein „Mangel im Rechtsbestande" aufzufassen ist.[2]) Dies ergibt sich klar, wenn man die Äußerungen in Betracht zieht, die bei der Beratung des Gesetzes in der II. Kommission gemacht worden sind. Dort wird ausgeführt,[3]) daß es

1) Neukamp, a. a. O.. S. 3. Prot. der II. Komm. zu BGB. Bd. I, S. 654.

2) Diese Behauptung stellt Neukamp a. a. O. S. 3 auf.

3) Prot. d. II. Komm. z. BGB. Bd. 1, S. 655.

an sich nicht angezeigt erscheint, die beantragte Bestimmung des § 437 Abs. 2,[1]) welche in eine noch nicht zum Austrag gelangte wissenschaftliche Streitfrage eingreife, in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Dann heißt es weiter wörtlich:

„Die Mehrzahl der Kommission war der Ansicht, daß nach der Ausgestaltung der Gewährleistung im Entwurf ein Zweifel darüber nicht obwalten könne, daß es sich bei dem Aufgebot um einen rechtlichen Mangel des Wertpapieres handele."

Die Kommission hat also ihre Entscheidung aus dem System des Gesetzbuches geschöpft. Sie ist von prinzipiellen Gesichtspunkten ausgegangen und hat bei der grundsätzlichen Unterscheidung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen Rechtsgewährleistung und Sachgewährleistung trifft, durchaus richtig entschieden.[2])

Es könnte nun scheinen, daß infolge dieser Doppelnatur des Wertpapiers eine dreifache Haftung des Verkäufers eintritt: so weit das Recht in Betracht kommt, eine Haftung für rechtliche Mängel; so weit es sich um die Urkunde handelt, eine Haftung für rechtliche Mängel der Urkunde und eine solche für Sachmängel des Papiers. In Wahrheit besteht jedoch nur eine doppelte Gewährleistungspflicht. Denn jeder Mangel des Rechts an der Urkunde ist zugleich ein Mangel des Rechts aus der Urkunde. Wir sondern also die Haftung des Verkäufers in eine solche für Rechtsmängel der Urkunde und in eine weitere für Sachmängel des Papiers.[3])

---

1) Im I. Entwurf (§ 298) fand sie sich nicht.

2) Vgl. Düringer, in DJZ. 1905, S. 375.

3) Selbstverständlich ist es, daß der Verkäufer die Pflicht hat, das verkaufte Wertpapier zu liefern, nicht etwa irgend ein anderes. Leistet er nicht dasjenige Wertpapier, welches Gegenstand des Kaufvertrages war, so liegt die Lieferung eines aliud vor. Ebenso verhält es sich, wenn statt Aktien Genussscheine geliefert werden, die dem Käufer der Aktien-

Für Rechtsmängel hat der Verkäufer gemäß den §§ 433 ff. BGB. einzustehen. Laut § 440 Abs. 1 BGB. bestimmen die §§ 320 ff. BGB. den Umfang seiner Haftung. Es sind dies die Bestimmungen über die Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.[1]) Für die Untersuchung unserer Frage, wann ein aliud vorliegt, ist hier also kein Raum. Denn es ist undenkbar, eine Grenze zwischen mangelhaft erfüllten und nicht erfüllten Verträgen zu ziehen. Ein Eingehen auf die §§ 433 ff. BGB. ist jedoch in Hinsicht auf die später zu erörternden Sachmängel erforderlich; es gilt einige Fälle klarzustellen, wo es zweifelhaft ist, ob ein Wertpapier mit einem Rechtsmangel behaftet ist oder ob es an einem Sachmangel leidet.

Da erhebt sich z. B. die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn zwar das Wertpapier, nicht aber auch dessen Nebenwertpapiere, d. h. die Koupons, Dividendenscheine usw. dem Käufer übergeben sind. Es wird die Ansicht vertreten, hier liege ein Sachmangel vor.[2])

---

gesellschaften gegenüber nur ein Gläubigerrecht, nicht das gewünschte Mitgliedschaftsrecht verschaffen. Weitere Beispiele sind: Lieferung von Stammaktien anstatt Vorzugsaktien, von Namensaktien anstatt Inhaberaktien (vgl. hierzu Lehmann, Beiträge S. 381/82).

1) Es ist daher nicht richtig, wenn das Gesetz im § 443 BGB. die Haftung des Verkäufers für das Nichtvorhandensein von Mängeln im Recht als eine Gewährleistungspflicht bezeichnet. Wie sich aus § 440 Abs. 1 BGB. ergibt, handelt es sich vielmehr um eine Erfüllungspflicht des Verkäufers. Der Verkäufer hat die verkaufte Sache dem Käufer frei von Rechten Dritter zu verschaffen, der Käufer kann auf die Verschaffung des freien Eigentums, auf die Beseitigung der Rechte Dritter klagen. Die Gewährleistungspflicht liegt dagegen dem Verkäufer gerade dann ob, wenn er den gewährleisteten Zustand nicht herbeiführen kann oder herbeizuführen nicht verpflichtet ist. (Vgl. Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 95).

2) Hanausek, Bd. II. S. 371; Düringer-Hachenburg, Anm. III, 5b zu § 381 HGB.

Von anderer Seite[1]) wird ein Mangel der Rechtsverschaffung angenommen; der Verkäufer hafte wegen unvollständiger Erfüllung. Letztere Ansicht ist richtig. Denn Zinsen und Dividenden sind als Nutzungen des Rechts anzusehen und gebühren vom Augenblicke der Uebergabe ab dem Käufer.[2]) Der Verkäufer ist daher verpflichtet, ihm die zum Bezuge berechtigenden Zins- resp. Dividendenscheine herauszugeben. Ist das nicht geschehen, so ist dem Käufer nur ein Teil des verkauften Rechts verschafft worden.

Die häufigste Anwendung unter den Vorschriften über Rechtsmängel beim Kauf findet § 437 BGB., wonach der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts zu haften hat.[3]) [4])

---

1) Lehmann, Beiträge S. 387/88; Brunner, S. 210, Anm. 15.

2) § 446 Abs. 1 BGB.

3) Diese Bestimmung greift u. a. Platz, wenn das Wertpapier wegen irgend eines Formfehlers der Urkunde ungültig ist. So werden z. B. beim Wechsel diejenigen Verfälschungen, welche in einer Änderung des Datums, des Zahlungsortes und dergl. (vergl. Art. 4 WO.) bestehen, das Erlöschen der früheren Wechselverpflichtungen herbeiführen. Es ist aber zu bedenken, daß daneben Fälle vorkommen können, wo die fälschende Veränderung den Text unberührt läßt und wo demnach ein Mangel im rechtlichen Bestande des Wechsels nicht anzunehmen ist Das RG. Bd. 54 S. 387 f. teilt folgenden Fall mit: Der ursprünglichen Wechselsumme Siebenhundertfünfzig Mark war das Wort „Drei tausend“ vorgesetzt. Es wird ausgeführt, daß ein Grund, die ursprüngliche Verpflichtung infolge der Verfälschung erlöschen zu lassen, hier nicht vorhanden ist. Weder allgemeine Rechtsgrundsätze noch die besondere Natur des formellen Wechselrechts verlangen diese Konsequenz. Im Gegenteil muß die konservatorische Tendenz der Wechselordnung, welche in den Artt. 75 und 76 Ausdruck gefunden hat, dazu führen, hier die ursprünglichen Wechselverpflichtungen aufrecht zu erhalten, zumal, wo die in Wahrheit bestehende Wechselsumme von dem Zusatze so wenig berührt

Nicht in allen Fällen führt diese Bestimmung zu einer befriedigenden Lösung. Man denke etwa daran, daß dem Gegenstand des Aktienunternehmens Mängel tatsächlicher Art anhaften, z. B. schlechte Beschaffenheit der Erze, geringe Ergiebigkeit der Grubenfelder.[1]) Es läßt sich nicht bestreiten, daß solche tatsächlichen Verhältnisse, von denen der Ertrag des verbrieften Rechts abhängt, wesentliche Faktoren für die Bewertung eines Papiers sind, da niemals das Papier als solches, sondern stets nur als Vermittler des Rechts behandelt wird. Die Vorschrift des § 437 Abs. 1 BGB. kann hier jedoch nicht zur Anwendung kommen. Denn die vorhandenen Mängel betreffen nicht den rechtlichen Bestand der Aktiengesellschaft oder der in den Aktien gewährleisteten Aktionärrechte.

Es liegt daher nahe, einer entsprechenden Anwendung des § 453 BGB. das Wort zu reden.[2]) Zuzugeben ist, daß nach der Praxis des Reichsgerichts unter dem Begriff „Eigenschaften" im Sinne des § 459 BGB. nicht nur die natürlichen der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tat-

---

worden ist, daß nicht nur ihre äußere, sondern auch ihre innere Unversehrtheit — nach dem Zahlenwerte — durchaus gewahrt geblieben ist. (Vgl. hierzu auch ROHG. Bd. 23, S. 399 ff.).

4) Von großer praktischer Bedeutung ist ferner die Anwendbarkeit des § 437 BGB. auf den Fall, daß das verkaufte und übergebene Wertpapier z. Z. des Verkaufsabschlusses aufgeboten, amortisiert, kaduziert oder zum Zwecke der Heimzahlung ausgelost war. § 437 BGB. ist neu geschaffen worden. Die Entscheidungen des ROHG. z. B. Bd. 11 S. 46 sind daher nicht mehr zu verwerten. (Vgl. auch Lehmann, Beitr. § 379, besonders über die Frage, wann § 306 BGB. und wann § 437. BGB. zur Anwendung kommt. Ferner: Bendix, a. a. O S. 328; Staudinger (1913) Bd. II, S. 595, Anm. 5.

1) RG. 59, 240.

2) Dies tuen Neukamp, a. a. O. S. 2 u. 3. Hagens, a. a. O. S. 667.

sächlichen oder rechtlichen Verhältnisse fallen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen.[1]) Hierunter sind jedoch nur solche Umstände zu verstehen, die sich unmittelbar auf die Kaufsache beziehen.[2]) Eine mangelhafte Beschaffenheit der Grubenfelder oder der Erze ist aber niemals ein Sachmangel der Aktien. Eine Beziehung zwischen jenen Mängeln und der Aktie wird erst in zweiter Linie, nämlich erst dadurch hergestellt, daß mit dem Papier auch das Recht gekauft wird, also erst durch die Bedeutung, welche das Recht für das Papier hat. Es ist demnach für die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. BGB. in Fällen der genannten Art abzulehnen.[3])

Vielmehr können die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nur dann in Frage kommen, wenn es sich um körperliche Mängel der Urkunde handelt. Es ist erforderlich, daß ein solcher Fehler äußerlich erkennbar ist. Welche Bedeutung derartigen Beschädigungen des Papiers beizumessen

---

1) RG. Bd. 52, S. 1 f.; vgl. auch RG. Bd. 59, S. 241 f.; ferner Seuffert, Bd. 17 Nr. 129 (die im Betriebe der verkauften Apotheke erzielten Einnahmen bilden eine Eigenschaft des Grundstücks), Seuffert 40 Nr. 102 (Angaben über die vom Kaufobjekte bisher entrichteten Steuern und Abgaben),

2) RG. Bd. 59, S. 242.

3) Düringer versucht dadurch zu helfen, daß er, soweit es sich um ernstliche Zusagen handelt, eine Haftung des Verkäufers nach § 437 BGB. annimmt. Die Haftung sei eine solche zu dem Bestand des Rechts in der zugesagten Art (in DJZ. 05 S. 376). Mit Recht wird dieser Ausführung von Neukamp a. a. O. S. 3 entgegengehalten, daß damit die im Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. §§ 437 und 438) enthaltene scharfe Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Bestande und dem wirtschaftlichen Werte des verkauften Rechtes verwischt wird. (Ebenso Hagens, a. a. O. S. 666).

ist, zeigt sich darin, daß durch sie die Weiterbegebung der Urkunde erschwert wird. So erhalten die meisten deutschen Börsenordnungen Bestimmungen darüber, in welchen Fällen ein Wertpapier, das gewisse Sachmängel aufweist, nicht mehr geliefert werden kann. Es sind z. B. „Pfandbriefe auf Pergament, deren Schrift oder Druck durch größere Stockflecke beschädigt ist, von der Lieferbarkeit ausgeschlossen; dagegen sind Papiere, bei denen nur der weiße Rand ganz oder teilweise abgeschnitten ist, aber die Einfassung oder Vignette resp. Souche unverletzt ist, lieferbar, da es sich hier um unwichtige Teile der Urkunde handelt.“ [1])

Ebenso sind Effekten nicht börsengängig, wenn sie in ekelhafter oder die Haltbarkeit des Papiers gefährdender Weise befleckt sind. [2])

Das Fehlen einzelner Bestandteile der Urkunden kann die Tauglichkeit wesentlich mindern oder sogar aufheben, wie folgende Entscheidung des Reichsgerichts beweist: [3]) Der Rand der Souche einer gelieferten Aktie fehlte, sodaß die Schnittlinie nicht stimmte. Die Weiterbegebung konnte daher auf große Hindernisse stoßen, wenn nicht unmöglich sein, da jeder Erwerber Bedenken tragen wird, ein Papier zu kaufen, welches bei Präsentation vom Aussteller beanstandet werden kann und gegebenenfalls nicht ausbezahlt wird.

Als solche Bestandteile kommen ferner in Betracht: die Wertbestimmung, die Nummern, die Unterschriften, die Einlösungstermine usw. [4])

In allen diesen Fällen, wo es sich um die Urkunde, d. i. um eine körperliche Sache handelt, greift

1) Bestimmungen der Berliner Fondsbörse. Vergl. Hanausek, Bd. II, S. 369, Anm. 6.

2) Frankfurter Börsenüsancen, vgl. Hanausek, Bd. II, S. 369, Anm. 6.

3) RG. Bd. 4 Nr. 56.

4) Hamburgische Börsenüsancen, vgl. Hanausek, Bd. II, S. 370 Anm.

unsere oben angewandte Unterscheidung zwischen einer mangelhaften und einer anderen Sache in vollem Umfange ein. Es ist daher regelmäßig in der Lieferung eines in erheblichem Maße vertragswidrig beschaffenen Papiers, soweit ein Gattungskauf vorliegt, die Lieferung eines aliud zu erblicken.

In Hinsicht auf die kaufmännische Rügepflicht ist eine Anwendung der §§ 377, 378 HGB. nur möglich, wenn es sich um sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften handelt, welche eine Untersuchung und eine Entdeckung durch Untersuchung der Ware ermöglichen Diese Voraussetzungen treffen nur bei Sachmängeln der Urkunde zu. Auf Mängel des in der Urkunde verbrieften Rechts können die §§ 377, 378 HGB. nicht angewandt werden.[1])

§ 6.

Zusammenfassung.

Der Gang unserer Untersuchung war folgender: Die zur Zeit des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches herrschende Lehre von der Nichtanwendbarkeit des Art. 347 bei Lieferung eines aliud lebt fort in dem verwirrenden „sofern"-Satz unseres heutigen § 378 HGB. Wir konnten die frühere Lehre nicht gutheißen, weil sie unbillige Ergebnisse für das Verkehrsleben zeitigte. Da sie keine Stütze im Gesetze findet, und da die Fassung der Bestimmungen des älteren Rechts keinen Anhaltspunkt dafür bieten, daß, soweit es sich um die Pflicht zu rügen handelte, jemals eine Unterscheidung zwischen Qualitätsmängeln und einer anderen Sache getroffen wurde, verwarfen wir sie. Mit der bekämpften Lehre hat auch der „sofern"-

1) Vergl. Lehmann-Ring, Bd. II, S. 185 und S 186; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 338.

Satz seine Berechtigung verloren. Wir gelangten zu der Lösung, daß die kaufmännische Rügepflicht zu statuieren ist, wenn vertragswidrig beschaffene Ware geliefert wird.

Was unter einer „anderen Ware“ im Sinne des § 378 HGB. zu verstehen ist, läßt sich bestimmt nur für Speziessachen aussprechen. Infolge der Gestaltung des § 480 Abs. 1 BGB. ist hinsichtlich des Kaufs einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine klare Antwort nicht möglich. Wir hatten dem Gesetze die Begriffsbestimmung des aliud dahin entnommen, daß eine jede in erheblichem Maße vertragswidrig beschaffene Gattungsware eine andere Sache ist.

Auf Grund der §§ 433 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB. kamen wir zu dem Ergebnis, im Falle der Lieferung eines aliud die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. und mit ihnen die dreißigjährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB.) für anwendbar zu erklären.